

**«Gjennomføring og tolking av uskyldspresumsjonen
i EMK art. 6 (2) i norsk rett. - I hvilken grad blir
Stortingets lovgivningsmyndighet begrenset og
påvirket av EMDs anvendelse av regelen – med
utgangspunkt i det objektive straffeansvar»**

Universitetet i Oslo



Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 504

Leveringsfrist: 25.04.2012

(* regelverk for masteroppgave på:

www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 17089 ord

25.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Begrepsavklaring	4
1.2.1	Presiseringer og avgrensninger	4
1.2.2	«Borgerlig rettighet»	8
1.2.3	«Tvist»	9
1.2.4	«Rettighet»	9
1.3	Den videre fremstilling	10
<u>2</u>	<u>STORTINGETS LOVGIVNINGSMYNDIGHET</u>	<u>11</u>
<u>3</u>	<u>DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSDOMSTOL – EMD</u>	<u>14</u>
<u>4</u>	<u>RETTSKILDER</u>	<u>17</u>
4.1	Rettskildebildet	17
4.2	Gjennomføring av EMK i norsk rett	18
4.3	Metoden for tolking av EMK	19
4.4	Norske domstolars tolkning av EMD	25
<u>5</u>	<u>USKYLDSPRESUMSJONEN</u>	<u>27</u>
5.1	Uskyldspresumsjonens rettslige forankring	27
5.2	Innholdet i uskyldspresumsjonen	28
5.3	Tolkning av bestemmelsen	29
5.4	Uskyldspresumsjonens begrunnelse	30

5.5	Hvorfor har vi en slik bestemmelse	30
5.6	Forholdet mellom uskyldspresumsjonen og det objektive straffeansvaret	31
5.7	Stortingets vurdering	31
5.8	Rt. 2005 s. 833	37
5.9	Det objektive straffbarhetsvilkåret – særlig plenumskjennelsen i Rt. 2005 s. 833	46
5.10	Proporsjonalitetsvurderingen	49
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>51</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>55</u>
<u>8</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

I denne oppgaven skal jeg se nærmere på i hvilken grad Stortingets lovgivningsmyndighet blir begrenset og påvirket av den Europeiske menneskerettighetsdomstol(EMD) For å illustrere problemstillingen, velger jeg å ta utgangspunkt i uskyldspresumsjonen i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens (EMK) artikkel 6 nr. 2. Formålet med denne oppgaven er å ta for seg forholdet mellom Den europeiske menneskerettighetsdomstolen og Stortinget, nærmere bestemt hvordan førstnevnte gjennom sine dommer legger føringer på sistnevntes lovgivning. Dette vil bli illustrert med utgangspunkt i uskyldspresumsjonen, jfr. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens artikkel 6 nr. 2, jfr. menneskerettighetsloven § 3.

«§ 2. Følgende konvensjoner skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge:

- 1. Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994 og fjortende protokoll 13. mai 2004, med følgende tilleggsprotokoller»*

Etter § 3 i menneskerettighetsloven, er loven lex superior. Det vil si at den ved motstrid med øvrig norsk lovgivning skal gis forrang:

«§ 3. Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.»

Prinsippet om “nulla poena sine culpa” er et av de mest grunnleggende prinsippene i moderne strafferett. Prinsippet går ut på at ingen skal straffes uten skyld. Straff er å forstå som *«et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertredeisen, i*

*den hensikt at han skal føle det som et onde»*¹ Straffens formål kan ikke være gjengjeldelse. Straffens formål er å styre fremtidig adferd. Straffen skal altså bidra til et samfunn og en sameksistens som lovgiver ut fra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig². Selve straffeinstitusjonen, i vårt tilfelle domstolen, skal ha forebyggelse og prevensjon som sitt formål. Prevensjon i form av å forebygge uønsket atferd og å forebygge sosial uro i kjølvannet av uønsket atferd som likevel måtte skje.³ Lovgivningsmyndigheten, herunder kompetansen til å bestemme hva som er straffbart tillegges Stortinget. Norsk strafferett er imidlertid delvis avhengig av folkerett, jfr. strl. § 1:

”Straffelovgivningen gjelder med de begrensningene som følger av overenskomst med fremmed stat eller av folkeretten for øvrig”

Det at folkeretten har forrang dersom norsk rett kommer i strid med internasjonal rett vi er bundet av kalles sektormonisme. Med sektormonisme menes at folkerettslige forpliktelser gjøres til norsk lov på et avgrenset område.

For at en person skal kunne dømmes til straff, må skylden dekke hele den objektive gjerningsbeskrivelsen og det må foreligge subjektiv skyld i gjerningsøyeblikket. Skylden må omfatte alle de momentene som den aktuelle straffebestemmelsen beskriver som gjør en handling straffbar, herunder kvalifisert skyldgrader der det kreves, som for eksempel «vinnings hensikt» i tyveribestemmelsen i strl. § 257.

I juridisk teori skiller man mellom subjektiv og objektiv skyld. Subjektiv skyld kan kun foreligge hvis handlingen er gjort av en tilregnelig person, og hvis det ikke foreligger noen annen straffrihetsgrunn, som for eksempel straffriende, forutgående provokasjon, jfr. strl. § 228. I straffeloven kreves det ulike skyldgrader. Som eksempler nevnes strl. § 233 som krever forsett og strl. § 239 hvor uaktsomhet er tilstrekkelig for å konstatere skyld. Det er bare i noen straffebud at uaktsom overtredelse er gjort straffbart. Begrepet skyld i strafferetten har et rent juridisk innhold.

¹ Johs Andenæs, Statsforfatningen i Norge, 8 utg. s. 348, Rt. 1977 s. 1207

² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) 6.2 Gjengjeldelse kan ikke være straffens formål

³ Ot. Prp. Nr. 90 (2003-2004) 6.2 Gjengjeldelse kan ikke være straffens formål

Objektiv skyld er når en person begår en handling som omfatter alle de momentene som den aktuelle straffebestemmelsen beskriver som en straffbarhandling, uten at man vurderer gjerningspersonens subjektive skyld, som for eksempel forsett eller uaktsomhet, herunder om gjerningspersonen var i god tro. Et eksempel på dette er straffeloven § 195 tredje ledd, som jeg kommer til å redegjøre mere for nedenfor.

Til tross for at prinsippet om nulla poena sine culpa er så grunnleggende, har vi hverken i Grunnloven eller andre internrettslige bestemmelser et forbud mot å straffe noen etter et objektivt straffbarhetsvilkår eller straffeansvar. Selv om culpa ikke foreligger i form av bevisst kriminell handling, kan handlingen i seg selv være klanderverdig, og dermed straffbar.

Grunnen til at spørsmålet om EMD begrenser og påvirker Stortingets lovgivningsmyndighet er aktuelt i dag er fordi verden er i konstant forandring og det samme er det nasjonale rettssystemet vårt. Vi ser at behovet for internasjonal regulering bare blir større, og da globaliseringen gjør at avstanden mellom landegrensene blir stadig kortere juridisk sett. Dette gjør at behovet for korresponderende regulering mellom ulike land øker. I et slikt lys vil ivaretagelsen av de enkelte individenes rettssikkerhet bli tilsvarende viktigere, da det er enkeltindividene som normalt er den svake part når staten er motpart.

Det at Norge er bundet av flere internasjonale konvensjoner og andre bilaterale avtaler gjør behovet større for internasjonal regulering. Menneskerettighetene er det viktigste området, men som sett i et internasjonalt perspektiv kanskje er svakest. Viktigheten av overordnede prinsipper blir da løftet frem, da prinsippene fungerer som korrigerende retningslinjer for nasjonale stater, og samtidig gjør rettssystemet vårt mer forutsigbart på enkelte områder.

Det internasjonale samspillet med nasjonale staters lovgivning er en dynamisk størrelse, noe som gjør at tilsvarende problemstillinger som denne oppgavens tema alltid vil være dagsaktuelle, men kanskje med en annen vinkling og et annet resultat. Det dynamiske

bildet, og litt av uforutsigbarheten det kan medføre vil jeg illustrere litt nærmere nedenfor.

Vi ser at til tross for at prinsippet om «nulla poena sine culpa» har vært et grunnleggende prinsipp i Norge over en lang periode, blir det fortsatt brutt, jfr. blant annet Rt. 2005. s. 833.

Det er likevel viktig å nevne her hva formålet med menneskerettighetskonvensjonen er, for det har avgjørende betydning når vi senere skal snakke om tolkning av konvensjonen. Formålet med konvensjonen er å styrke individvernet ved å bygge på statenes felles politiske og kulturelle arv.⁴ Konvensjonen prøver dermed ikke å harmonisere statenes rettssystemer, i det konvensjonen godtar at nasjonale rettsordninger er forskjellige innenfor områder som omfattes av den. Grunnen til at jeg nevner dette, er fordi det har rettskildemessig betydning ved tolkning av konvensjonen, da den åpner opp for at statenes internrett har rettskildemessig betydning ved tolkning av EMK. En viktig begrensning her er EMDs første rett til å utvikle EMK. EMDs dommere er derfor pliktige til å foreta en kritisk vurdering av nasjonale rettsordninger og se hen til at disse anses for å gi uttrykk for «*a common European standard*».⁵

1.2 Begrepsavklaring

1.2.1 Presiseringer og avgrensninger

Over alt i den juridiske læren, er det viktig med klare begrepsdefinisjoner da samme ord kan bety forskjellige ting, mens flere ord kan brukes om samme ting. En nødvendig redegjørelse er derfor på sin plass i alle juridiske avhandlinger. Uskyldspresumsjonen er et begrep med meget vidt innhold. I juridisk dagligtale sier man at uskyldspresumsjonen betyr at ingen er skyldig, frem til det motsatte er bevist. Etter EMK art. 6 (2) er uskyldspresumsjonen formulert slik:

“Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

⁴ Jebens, Menneskerettigheter i straffeprosessen s. 46

⁵ Jebens, Menneskerettigheter i straffeprosessen s. 46

«Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.»

Uskyldspresumsjonen er også inntatt i andre folkerettslige traktater og avtaler, som blant annet SP art. 14

Objektivt straffeansvar er en form for straffeansvar hvor det ikke kreves noen form for subjektiv skyld for å bli dømt til straff. I bestemmelser hvor det for eksempel snakkes om at vedkommende må ha vært i «god tro», snakkes det i realiteten om et subjektivt ansvar. Der er vurderingstemaet den påståtte gjerningsmannens oppfatning av situasjonen. Når det gjelder det objektive ansvaret, spiller gjerningsmannens subjektive oppfattelse ingen rolle. Da er man automatisk skyldig hvis man har begått handlingen som beskrives i den respektive straffebestemmelsen uavhengig av om det foreligger noen subjektive forhold om uaktsomhet, forsett, etc. hos gjerningsmannen. I slike tilfeller får ikke gjerningsmannen muligheten til å bevise sin uskyld ved å vise til subjektive forhold. Dette medfører igjen, i motsetning til tilfeller hvor det kreves subjektiv skyld, at påtalemyndighetene blir fritatt bevisbyrden for de subjektive forhold ved overtredelsen.

Når man snakker om «skyld» eller om at en person er «skyldig», pleier man normalt å sikte til om den påståtte gjerningsmannens subjektive skyld dekker den påståtte gjerningsbeskrivelsen. Som jeg allerede har vært litt inne på ovenfor, vil skyldkonstatering være et resultat av at handlingen dekker det objektive gjerningsinnholdet, at gjerningsmannen har subjektive skyld, at det ikke foreligger noe forhold som fører til straffefrihet og sist at vedkommende er tilregnelig i gjerningsøyeblikket.

Bestemmelsen i EMK art. 6 inneholder tre ledd, som behandler ulike sider ved rettergangen når en straffesak eller en tvist om en borgerlig rettighet skal avgjøres ved

en domstol.⁶ Første ledd tar for seg de ulike kravene som stilles til en domstol og til dommerne som tjenestegjør ved en domstol, samt de ulike sidene ved rettergangen.

“Art 6. Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.”

“Art 6. Retten til en rettferdig rettergang

1. For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov. Dommen skal avsis offentlig, men pressen og offentligheten kan bli utelukket fra hele eller deler av rettsforhandlingene av hensyn til moralen, den offentlige orden eller den nasjonale sikkerhet i et demokratisk samfunn, når hensynet til ungdom eller partenes privatliv krever det, eller i den utstrekning det etter rettens mening er strengt nødvendig under spesielle omstendigheter der offentlighet ville skade rettferdighetens interesser.»

Andre ledd, som er hoved kjernen i oppgaven, omtaler den såkalte uskyldspresumsjonen. Det vil si at enhver er uskyldig inntil det motsatte er bevist. Her er det påtalemyndighetene som har bevisbyrden, og det er de som må framlegge tilstrekkelig bevis for hans straffeskyld.

⁶ Bertelsen, EMK s. 134

“2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

“2. Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven»

Tredje ledd i EMK artikkel 6 presiserer de kravene som må ligge til grunn i første ledd. Dette leddet gjelder i utgangspunktet bare ved en straffesak, men det er sikker rett at den har veiledende betydning ved rettsavgjørelser innenfor andre områder.⁷

“3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

- a. to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;*
- b. to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;*
- c. to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not a sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;*
- d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;*
- e. to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.”*

“3. Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal ha følgende minsterrettigheter:

- a. å bli underrettet straks, i et språk han forstår og i enkeltheter, om innholdet i og grunnen til siktelsen mot ham;*
- b. å få tilstrekkelig tid og muligheter til å forberede sitt forsvar;*
- c. å forsvare seg personlig eller med rettslig bistand etter eget valg eller, dersom han*

⁷ Bertelsen, EMk s. 134

ikke har tilstrekkelige midler til å betale for rettslig bistand, å motta den vederlagsfritt når dette kreves i rettferdighetens interesse;

- d. å avhøre eller la avhøre vitner som blir ført mot ham, og få innkalt og avhørt vitner på hans vegne under samme vilkår som vitner ført mot ham;*
- e. å ha vederlagsfri bistand av en tolk hvis han ikke kan forstå eller tale det språk som blir brukt i retten.»*

Det at bestemmelsen er oppdelt på ovennevnte måte og stiller detaljerte krav til rettergangen på ulike trinn i behandlingen, kan ved første øyekast få bestemmelsen til å virke uoversiktlig. Men da må man se at alle leddene i artikkel 6 henger sammen, og at målet gjennom hele bestemmelsen hele tiden er og ivareta borgernes rettssikkerhet når en straffesak eller en rettsvist skal behandles i domstolen. Formålet ved artikkelen må alltid ligge til grunn når man tolker de forskjellige bestemmelsene. Den bør være retningsgivende ved tolkning av hele eller deler av art. 6.

Etter ordlyden, kommer artikkelen til anvendelse når det gjelder «*borgerlige rettigheter og plikter*», eller avgjørelsen av en «*straffesiktelse*» jfr. art. 6. første ledd, første punktum. Det er avklart gjennom en rekke dommer i EMD at begrepene borgerlig rettigheter og plikter og straffesiktelse har en uavhengig fortolkning.⁸

1.2.2 «Borgerlig rettighet»

For at det skal foreligge en «*borgerlig rettighet*», må det foreligge en «*tvist*» om en rettighet som er «*prosedabel*» i henhold til nasjonal rett, som både er «*reel*» og «*seriøs*». Dersom disse vilkårene ikke er oppfylt, foreligger det et søksmål som er åpenbart uholdbar og som ikke er å regne som en «*borgerlig rettighet*»⁹. Det sentrale er dermed å finne ut om man står ovenfor en «*tvist*», og som gjelder en «*rettighet*», samt om tvisten kan sies og både være «*reell og seriøs*».

Etter en naturlig tolkning av disse kriteriene, kan de virke nokså enkle og oversiktlige. Dessverre er det slik at EMDs praksis på dette feltet ikke har vært stabil, men til enhver

⁸ Bertelsen. EMK s. 135

⁹ Bertelsen, EMK s. 135

tid under utvikling helt siden man først startet å tolke disse begrepene, og derved ga dem deres virkeområder. Vi må derfor gå inn i begrepene og foreta en tolkning basert på EMD praksis, for å klargjøre hva som ligger i dem.

Det må sies at en slik «borgerlig rettighet» må ha rettslig grunnlag i nasjonal rett. Art. 6 kan ikke fortolkes til å være hjemmel for en slik «borgerlig rettighet». Heller ikke kan en annen artikkel i konvensjonen tjene som hjemmel for en «borgerlig rettighet» i forhold til artikkel 6.¹⁰

1.2.3 «Tvist»

En tvist foreligger der et tiltak vil lede til en beslutning knyttet til en persons rettigheter. Her må man da trekke en grenselinje mot situasjoner der et tiltak kan ha hatt som formål å klarlegge faktiske eller rettslige sider knyttet til en sak. En tvist må gjelde en rettighet som er anerkjent i nasjonal rett.¹¹

1.2.4 «Rettighet»

Som sagt så må tvisten gjelde en rettighet som er anerkjent i nasjonal rett. Når det gjelder nasjonal rett, stilles det ikke noen krav til arten av hjemmel for den aktuelle rettigheten. Det kan være en materiell hjemmel eller en formell hjemmel.

Bestemmelsen i art. 6 stiller et ufravikelig krav om at en klage må gjelde en rettighet som hviler på en selvstendig nasjonal rettslig hjemmel.

Ordlyden i art. 6 kan være litt villedende. Den kan se ut som om den forutsetter at borgerne har en rettighet under bestemmelsen i enhver situasjon der det er blitt truffet en avgjørelse som etter borgernes vurdering berører hans rettighet. En slik fortolkning kan ikke foretas da det ville ha ført til at bestemmelsen ville ha fungert som en selvstendig hjemmel for en rettighet som ikke hadde eksistert før offentlige myndigheter traff sin avgjørelse.

¹⁰ Bertelsen, EMK s. 141

¹¹ Bertelsen, EMK s. 136

1.3 Den videre fremstilling

I den videre fremstillingen skal jeg gjøre kort rede for Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) virkeområde (3). Jeg skal se på hvor den er hjemlet i internasjonal- og nasjonalrett (4.1). Jeg skal foreta noen presiseringer og avgrensninger, før jeg går inn på rettskildene som omfatter spesielt EMK(1.2.1). Deretter vil jeg se på det metodeiske(4.3), herunder hvordan konvensjonen blir gjennomført i norsk rett(4.2), samt dens tolkningsmetode generelt, og hvordan norske domstoler tolker den(4.4). Jeg kommer til å ta for meg uskyldspresumsjonen som et eget punkt, da det er et meget viktig prinsipp og også oppgavens hovedtema(5). Anvendelsen av uskyldspresumsjonen har ført til visse endringer i rettssystemet vårt, samt tvunget Stortinget til å endre en klar stortingsvilje. Jeg vil se på uskyldspresumsjonens rettslige forankring og innhold(5.1 og 5.2), samt dens begrunnelse og bakenforliggende reelle hensyn (5.4 og 5.5). Jeg kommer til å se på forholdet mellom uskyldspresumsjonen og det objektive straffeansvaret med utgangspunkt i plenumskjennelsen av 2005, jfr. Rt. 2005. s. 833(5.6 og 5.9). Det vil bli foretatt en nøye gjennomgang av kjennelsen, herunder en detaljert gjennomgang av premissene hvor jeg trekker frem Høyesteretts syn på og tolkning av uskyldspresumsjonen og det objektive straffbarhetsansvaret(5.8). Grunnen til at jeg velger å vektlegge denne kjennelsen såpass mye er at den etter mitt syn har stor betydning og innflytelse på hvordan dagens situasjon er med tanke på Stortingets lovgivningsmyndighet. Og hvordan norsk rett må tilføye seg etter internasjonale avtaler vi er bundet av. Til slutt i avslutningen (6), kommer jeg til å ta for meg en retts politisk drøftelse.

Men først velger jeg å plassere oppgaven ved å starte med Stortingets lovgivningsmyndighet. Hva det er og hvor det er hjemlet(2).

2 Stortingets lovgivningsmyndighet

For å kunne se om Stortingets makt blir begrenset eller innskrenket av den europeiske menneskerettighetsdomstol, må vi først ta utgangspunkt i hva Stortinget egentlig kan gjøre, dens oppgaver og hvor langt dens myndighet strekker seg. Vi må se hva som ligger i det at Stortinget har lovgivningsmyndigheten.

Stortinget er Norges nasjonalforsamling og den lovgivende makt. Stortinget får sin lovgivningsmyndighet gjennom folket ved at folket velger Stortinget. Den norske Grunnloven er delt i flere kapitler, og tre av dem har overskrifter som implisitt beskriver maktfordelingsprinsippet, ved at enkelte av disse kapitlene er oppkalt etter navnet til en av de tre myndighetene vi har i Norge - Utøvende-, lovgivende- og dømmendemakt. Grunnlovens kapittel C er det som regulerer Stortingets myndighet, jfr. overskriften *«Om Borgerret og den lovgivende Magt.»*. I den første bestemmelsen under Grunnloven kapittel C § 49 heter det at *«Folket utøver den lovgivende Magt ved Storthinget»*. I ytterste konsekvens er det dette som skiller oss fra et diktatur, da det ikke er en enevoldshersker som gir lovene. Stortingets lovgivningsmyndighet er dermed grunnlovsfestet.

Denne ordlyden i Grunnlovens § 49 er likevel ikke helt nøyaktig. For etter grunnloven har ikke Stortinget hele den lovgivende makten. Grunnloven åpner opp for at Kongen har både et utsettende veto mot Stortingets lovbeslutninger, og en viss selvstendig myndighet til å gi bestemmelser med lovs kraft ved provisoriske anordninger når Stortinget ikke er samlet.¹² Det må også sies at selv om det er Stortinget som er den lovgivende makt, er det slik at de fleste lover blir til på grunnlag av et forslag fra Regjeringen. Det er likevel riktig at det er Stortinget som sitter inne med den avgjørende myndighet i lovsaker. Det er Stortinget som vedtar loven, og om man ser bort i fra Kongens utsettende veto, er det Stortinget som har det siste og avgjørende ordet. Det gjelder spesielt nå mer enn tidligere etter at sanksjonsnektelser fra Kongens side ikke forekommer lenger, bortsett fra i helt spesielle situasjoner.¹³ I forbindelse med behandlingen av Stortingsmeldingen om makt og demokrati uttalte en enstemmig

¹² Johs Andenæs og Arne Fliflet, 10 utg., Statsforfatningen i Norge s. 138

¹³ Johs Andenæs og Arne Fliflet 10 utg., Statsforfatningen i Norge s. 138

stortingskomite at Stortinget i større grad burde «*være seg sitt ansvar bevisst ved lovarbeidet og ta eierskap til lovgivningen*»¹⁴ Det de mente var at Stortinget i større grad bør innta en mer aktiv rolle med tanke på deres vurderinger av om lover fungerer etter sin intensjon. Samt ikke svekke merknadsinstituttet ytterligere som tolkingsfaktor. De skulle ikke bare vedta lovene som blir forelagt dem, men faktisk være med å utvikle dem.

Stortingets oppgaver som nasjonalforsamling er nedfelt i Grunnloven § 75 og omfatter blant annet lovgiving, bevilgninger (skatter, avgifter, budsjett), kontroll av den utøvende makt (Regjeringen) og drøfting av generelle politiske spørsmål som utenrikspolitikk og reformer. Den lovgivende makt fører ikke bare kontroll av den utøvende makt, men kan også rette retningslinjer for hva den dømmende makt (domstolene) kan foreta seg. Det er denne kontrollen ovenfor hverandre som opprettholder balansen i maktfordelingsprinsippet.

Bestemmelsen i Grunnloven som regulerer Stortingets oppgaver lyder slik:

«§ 75.

Det tilkommer Storthinget:

a. at give og ophæve Love; at paalægge Skatter, Afgifter, Told og andre offentlige Byrder, som dog ikke gjælde udover 31te December i det næst paafølgende Aar, medmindre de af et nyt Storthing udtrykkelig fornyes;»

Når vi snakker om lov sikter vi både til formell lov og materiell lov. Med formell lov mener man alt som er vedtatt på den måten som Grunnloven §§ 76-81 bestemmer. Formell lov sier ingenting om innholdet i loven. Begrepet henspiller kun på beslutningsformen – «i lovs form» - som vil si på Stortingets lovgivningsmyndighet etter Grl. §§ 76-81. Med materiell lov er det å forstå generelle regler som bestemmer individenes rettsforhold. Til forskjell fra formell lov, har materiell lov med reglenes innhold å gjøre, men sier til gjengjeld ingenting om lovens form.¹⁵

¹⁴ Innst. S. nr. 252 (2004-2005)

¹⁵ Erik Boe, Innføring i juss, Statsrett og forvaltningsrett, bind 2 s. 417

Etter demokratiets ideologi er det folkeviljen som skal være den høyeste avgjørelsesnorm for politiske spørsmål, og Stortinget er representanten for denne folkeviljen, ved at folket utøver makten gjennom Stortinget jfr. Grl. § 49. Uttrykket «folkevilje» kan sies å være et noe så harmonisk uttrykk, da folkeviljen egentlig ikke er noe annet enn summen av stridende enkeltviljer. For folkeviljen betyr egentlig ikke noe annet enn flertallets vilje. Og et flertall i Stortinget er ikke nødvendigvis det samme som et flertall i folket. Ordet folkevilje kan dermed være misvisende i flere situasjoner.

Etter at Norge har undertegnet flere internasjonale avtaler, er det i praksis ikke alltid Stortinget som er den lovgivende makt. Enkelte internasjonale avtaler har medført at Stortinget har overført deler av sin lovgivningsmyndighet til andre organer. Det Stortinget gjør er å inkorporere de internasjonale avtalene, og gjør dem til en del av norsk rett. Visse former for transformasjon medfører at Stortinget kun foretar en bokstavoversetning slik at stortingets egen vilje ikke nødvendigvis blir tatt med. Hvorfor dette kan være problematisk vil jeg komme tilbake til under den rettspolitiske drøftelsen i avslutningen (6).

Det at Norge har undertegnet flere internasjonale avtaler, har også medført andre problemer opp mot vår lovgivning. Det gjelder spesielt på menneskerettighetenes område. Dersom det foreligger en kollisjon mellom øvrig lovgivning og de internasjonale menneskerettighetene, blir dette problemet ofte løst ved at vi tolker den norske loven innskrenkende. Tendensen i norsk rettsanvendelse har gått i retningen av å gi folkeretten, deriblant menneskerettighetene større gjennomslagskraft og betydning.¹⁶ Denne gjennomslagskraften og betydningen har den fått i noen tilfeller på bekostning av vår egen rett og våre egne folkevalgtes vilje. Menneskerettighetene har som tidligere nevnt også fått status som *lex superior* i norsk rett.

¹⁶ Erik Boe, Innføring i juss, Statsrett og forvaltningsrett, bind 2 s. 421

3 Den europeiske menneskerettsdomstol – EMD

Den europeiske menneskerettsdomstol – EMD, er en internasjonal domstol som behandler klager som blir forelagt den av enkeltindivider i Europarådets medlemsland for å avgjøre om det har forekommet brudd på en av rettighetene deres etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen – EMK. Domstolen behandler med andre ord, ikke tvister som oppstår mellom medlemslandene, men mellom medlemslandene og deres innbyggere. Domstolen skal verne individenes rettigheter, og ikke statens. EMDs myndighet er hjemlet i EMK del 2, som er gjort til en del av norsk rett via menneskerettsloven.

En vesentlig side i det system som EMK innebærer, er at konvensjonsstatene må akseptere at det blir ført tilsyn med statenes håndhevelse av de rettigheter som konvensjonen garanterer enkeltindividene. Det sentrale element i kontrollordningen er enkeltindividenes rett til å klage til Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) over krenkelser av konvensjonsrettighetene.

Konvensjonens art. 32 regulerer domstolens jurisdiksjon. I bestemmelsens første ledd fremgår det at domstolens jurisdiksjon omfatter alle saker angående tolkning og anvendelse av konvensjonen og dens protokoller som bringes inn for den som fastsatt i artiklene 33, 34 og 47. Artikkel 33 omhandler statsklager, mens 34 går på individklager. Art. 47 snakker om rådgivende uttalelser.

En annen viktig bestemmelse for problemstillingen oppgaven reiser er art. 35, som sier noe om hvilket saker som kan prøves.

«Art 35. Admissibility criteria

1. The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken.

2. The Court shall not deal with any application submitted under Article 34 that

- a. is anonymous; or*
- b. is substantially the same as a matter that has already been examined by the Court or has already been submitted to another procedure of international investigation or settlement and contains no relevant new information.*

3. The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that:

- a. the application is incompatible with the provisions of the Convention or the Protocols thereto, manifestly ill-founded, or an abuse of the right of individual application; or*
- b. the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal.*

4. The Court shall reject any application which it considers inadmissible under this Article. It may do so at any stage of the proceedings.”

“Art 35. Saker som kan prøves

1. Domstolen kan bare behandle en sak etter at alle nasjonale rettsmidler er uttømt, i samsvar med allment anerkjente folkerettslige regler, og innen et tidsrom på seks måneder etter at siste avgjørelse ble tatt.

2. Domstolen skal ikke behandle en individklage som er innbrakt i samsvar med artikkel 34 og som

- a. er anonym, eller*
- b. i det vesentlige er lik en sak som allerede er behandlet av Domstolen eller allerede har vært gjenstand for annen internasjonal undersøkelse eller avgjørelse og ikke inneholder nye relevante opplysninger.*

3. Domstolen skal avvise en individklage fremsatt i samsvar med artikkel 34 dersom den finner at

- a. klagen er uforenlig med bestemmelsene i konvensjonen eller dens protokoller, er åpenbart grunnløs eller innebærer et misbruk av retten til å fremsette individklage; eller*

b. klageren ikke har lidd noen ulempe av betydning, med mindre respekt for menneskerettighetene som definert i konvensjonen og dens protokoller krever at realitetsspørsmålene i saken blir behandlet, og forutsatt at ingen sak kan avvises på dette grunnlag som ikke har vært behørig vurdert av en nasjonal domstol.

4. Domstolen skal avvise enhver klage som den ut fra denne artikkelen finner ikke å kunne prøve. Den kan gjøre dette på et hvilket som helst stadium i saksbehandlingen.»

Bestemmelsens første ledd sier at Domstolen bare kan behandle en sak etter at alle nasjonale rettsmidler er uttømt. Grunnen til at det er viktig å nevne dette er fordi det er slik at man ikke helt uten videre kan ta en sak opp for EMD. Man må først gå alle leddene i nasjonal rett. For å si det enkelt, er det slik at man må gå fra tingrett helt opp til Høyesterett før man får lov til å entre EMD.

Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med bestemmelsen i art. 13 om retten til et effektivt rettsmiddel.

Domstolen har som mål å tolke konvensjonen dynamisk. Domstolen har selv fremhevet at EMK må tolkes dynamisk. Dette synspunktet kom første gang klart til uttrykk i saken Tyrer vs. UK fra 1978. Med dynamisk tolkning mener man at konvensjonen skal tolkes med den betydningen som er i tråd med samfunnsendringene på den dagen man foretar tolkningen. Fordelen med en slik tolkning er at konvensjonen til en hver tid er oppdatert slik at den tilfredsstiller dagens behov. Ulempen er at dette medfører at konvensjonen i mange tilfeller har fått et videre anvendelsesområde enn konvensjonens ordlyd isolert sett skulle tilsi. Det vil si at i enkelte tilfeller har konvensjonen fått et videre felt enn det medlemsstatene i utgangspunktet bandt seg til. Medlemsstatene ender opp med å ha tatt til seg, mer enn det som var intensjonen på avtaletidspunktet.

Den europeiske menneskerettsdomstol er høyeste ankeinstans for innbyggerne i de land domstolen dekker og i en rekke tilfeller har den overprøvd nasjonale domstoler, som Høyesterett i Norge.

Grunnen til at Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har innflytelse på norske borgere, er at den har fått hjemmel i menneskerettighetsloven, og dermed blitt gjort til en del av norsk rett, jfr. lovens § 2. Norge er igjennom menneskerettighetsloven bundet av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og dommer avsagt av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen som har sin hjemmel i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen pålegger Norge å medvirke til å fremme de felleseuropeiske verdier konvensjonen beskytter.

Saker avgjøres i storkammer, bestående av 17 dommere jfr. art. 27. Her skal dommeren fra den berørte stat delta ex officio i tillegg til EMDs president og visepresidenter samt kamrenes presidenter. Med ex officio menes det at man gjennom sitt embete automatisk blir tildelt andre poster eller ansvarsområder. Storkammeret kan avvise eller avsi realitetsavgjørelse i saker som er henvist eller innbrakt dit, jfr. art. 28 og 29. Et kammer kan henvise en sak til storkammerbehandling dersom den reiser et vesentlig spørsmål om tolkingen av konvensjonen eller protokollene, eller om kammerets avgjørelse vil kunne stå i strid med en tidligere dom.

4 Rettskilder

4.1 Rettskildebildet

Vi må se på rettskildebildet for å forstå betydningen Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen har for norsk rett.

Praksis utviklet i EMD og norsk høyesterett er to sentrale rettskilder når man skal tolke EMK i en norsk rettssak. Det er først og fremst konvensjonspraksisen utviklet i EMD som veier tyngst, da det er EMD sin oppgave og utvikle den praksisen, og ikke norsk høyesterett. Etter norsk rett er det EMDs praksis som innskrenker, fastlegger eller utvider rekkevidden av uskyldspresumsjonen. Folkerettens alminnelige regler om

traktatolkning er også gjeldende ved tolkning av menneskerettighetskonvensjonen.¹⁷

Likevel er det slik at det er noen tolkningsprinsipper som skiller seg ut fra annen traktatolkning. I motsetning til andre konvensjoner, beskytter

Menneskerettighetskonvensjonen individenes rettigheter mot statene, og ikke forholdet mellom statene. For å sikre individenes rettigheter som konvensjonen er ment å beskytte, har konvensjonsorganene utviklet egne tolkningsprinsipper som delvis supplerer de vi allerede har gjennom vanlig folkerettslig traktatolkning, men som også delvis etablerer nye prinsipper som skiller seg fra prinsippene på traktatrettens øvrige områder.¹⁸

Reelle hensyn har en viss plass når man skal foreta proporsjonalitetsvurderingen som utledes av uskyldspresumsjonen. Reelle hensyn har i utgangspunktet ikke et klart definert eller avgrenset meningsinnhold, likevel har Eckhoff definert det som hensynet som sikrer et godt resultat i det konkrete tilfellet eller en retningslinje som sikrer en god generell regel.¹⁹

4.2 Gjennomføring av EMK i norsk rett

EMK er gjort til en del av norsk rett gjennom menneskerettighetsloven av 1999 nr. 30. Etter lovens §§ 2 og 3, har menneskerettighetskonvensjonen, ved motstrid, forrang. Det vil si at EMK har fått forrang ikke bare på sektormonismens område, men også for hele lovgivningen. Mange norske lovbestemmelser bygger på internasjonale konvensjoner som staten folkerettslig er bundet av ved sin tilslutning til konvensjonene. I likhet med de øvrige nordiske landene bekjenner Norge seg til det dualistiske prinsipp. Det dualistiske prinsipp går ut på at folkerettens regler ikke anses som gjeldende norsk rett uten at de er inkorporert i norsk rett ved lov eller vedtak av kompetente myndigheter. Alternativet er det monistiske prinsipp, som har tilslutning fra mange andre europeiske land. Ved monisme får bestemmelser i konvensjoner som en stat har sluttet seg til, direkte internrettslig virkning, dvs. landets borgere kan i prinsippet påberope seg dem

¹⁷ Jebens, Menneskerettigheter i straffeprosessen s. 46

¹⁸ Jebens, Menneskerettigheter i straffeprosessen s. 46

¹⁹ Eckhoff, Rettskildelære s. 383-385.

ved landets domstoler. Men dette forutsetter at konvensjonsbestemmelsene er selvkraftige, og at staten gir opp store deler, om ikke alt av sin suverenitet.

Dersom en sak kommer opp for norske domstoler, skal domstolene bruke samme metode som EMD, men med den begrensning at det er EMD som i første rekke skal utvikle konvensjonen. Dette medfører at norske domstoler må bruke samme rettskilder som EMD. EMDs sentrale rettskilder er særlig konvensjonsteksten, slik som vi i norsk rett tar først og fremst utgangspunkt i lovens ordlyd, skal domstolene ta utgangspunkt i EMKs ordlyd. Her, som i norsk rett, er også domstolenes praksis viktig, eller i EMD sammenheng kalt konvensjonspraksis. EMD legger stor vekt på sine tidligere avgjørelser, og har i en rekke saker gitt klart uttrykk for at den utvikler konvensjonen gjennom sin dynamiske tolkningsmetode. Med dynamisk tolkningsmetode mener man at konvensjonen kan og skal utvikles og endres i lys av de rådende samfunnsforhold.²⁰

Formålsbetraktninger er også viktige, her mer enn de reelle hensynene vi operer med i norsk rett.

Denne metoden har med årene blitt en naturlig del av domstolenes tolkning, og er dermed lite problematisk

4.3 Metoden for tolking av EMK

Transformerings av konvensjonsforpliktelser må skje på en måte at norsk rett oppfyller den folkerettslige forpliktelsen. Men konvensjoner er som regel vedtatt på flere offisielle språk – sjelden et nordisk – og det foreligger ofte forskjeller i rettslig forstand mellom de offisielle tekstene. Dette gir lovgiver et visst spillerom ved utarbeidingen av den norske lovteksten. Det er derfor jeg har valgt, i de fleste tilfellene, å henvise til ordlyden både på norsk og på engelsk, slik at eventuelle forskjeller i størst mulig grad blir utvisket.

²⁰ Se blant annet *Tyrer v The United Kingdom*

Lovgivning som bygger på slike internasjonale konvensjoner, vil som lovgivning ellers ha omfattende forarbeider som må vektlegges ved tolkingen av loven. Er det forskjell mellom den norske lovteksten og konvensjonsteksten slik den er blitt tolket og/eller gjennomført i andre land, vil det ha betydning om lovgiver har vurdert og/eller tatt stilling til tolkingsspørsmålet i lovforarbeidene. Ellers vil domstolene gjerne tolke lovteksten slik at den harmonerer best mulig med den internasjonale forpliktelsen. Og som regel da, bruker domstolene og tolke norsk rett innskrenkende.

Konvensjonsteksten fremstår ved første øyekast som forholdsvis grei. Det er ikke noe tvil om at konvensjonen sikrer en rekke fundamentale menneskerettigheter. Da konvensjonen og dens protokoller ble ratifisert av Norge i 1952 var det nok ingen som forutså hvilken rolle dette regelsettet ville komme til å få i norsk rett. I dag, etter at vi har fått menneskerettsloven av 1999, er konvensjonen og flere av protokollene i likhet med de andre konvensjoner som er regnet opp i lovens § 2 første ledd, en del av norsk rett. Og etter lovens § 3 har konvensjonene forrang ved motstrid. Det blir på denne bakgrunn en sentral og nødvendig oppgave for dommere og advokater å fastlegge innholdet av denne delen av norsk rett. Resultatet av denne prosessen må sammenlignes med det som følger av tradisjonell norsk lov med henblikk på å fastlegge om det foreligger motstrid, alternativt om det er mulig å harmonisere tradisjonell norsk rett med EMK rett. Ved tolkingen av EMK er det nødvendig å se hen til alle avgjørelser fra EMD som kan kaste lys over den aktuelle bestemmelsen. Dette er ofte en mer komplisert oppgave for den berørte nasjonale dommer, enn det man ville ha trodd.

Grunnen til det er at det er så mange omstendigheter som medfører vanskeligheter, her nevner jeg noen av dem.

For det første finnes det i ytterst begrenset grad forarbeider til EMK. Slik som det er med mange andre internasjonale konvensjoner, er det for få forarbeider. En del av forarbeidene er også medlemsstatenes egne, og får dermed begrenset vekt.

For det andre er det slik at ved tolkingen av EMK skal prinsippene i Wien-konvensjonen 1969 om traktatrett legges til grunn, men EMD vektlegger i sin tolking særlig at EMK gir rettigheter og friheter til enkeltindivider i medlemsstatene. Wien-

konvensjonen om traktatretten er ikke ratifisert av Norge, men det er antatt at disse prinsippene i det vesentlige kodifiserer gjeldende ulovfestet folkerett, og er dermed bindende for Norge også.

For det tredje står formålsbetraktninger ("the object and purpose of the Convention") sterkt.

For det fjerde blir rettslige uttrykk i konvensjonen tolket av EMD autonomt for å sikre en enhetlig standard for gjennomføringen av konvensjonens rettigheter i medlemsstatene. Med autonom tolking er det å forstå at man tolker teksten uavhengig av annen rett. Teksten har således en egenverdi og er selvstendig, og er ikke avhengig av andre størrelser enn seg selv for å ha en ferdig

For det femte, legger EMD stor vekt på tidligere avgjørelser, men skiller ikke mellom ratio decidendi og obiter dictum, slik som vi gjør i norsk rett. Med ratio decidendi er det å forstå den delen av premissene i en dom som har vært nødvendig for begrunnelsen av resultatet. I norsk rett får ratio decidendi som hovedregel større vekt, da den som regel er mer gjennomtenkt enn obiter dictum. Obiter dictum er uttalelser i en dom som ikke har hatt noen betydning for resultatet. En slags form for slengbemerkinger. I EMD er vektens betydning den samme, uavhengig av hvor i dommen uttalelsen kommer.

For det sjette foreligger avgjørelsene på engelsk og fransk. En rekke avgjørelser på fransk blir ikke oversatt til engelsk. Noe som gjør det problematisk når vi i Norge skal tolke den. Det er ikke et ukjent fenomen at enkelte ting forsvinner under oversetning – «lost in translation».

For det syvende skjer utviklingen av konvensjonsreglene gjennom rettsavgjørelser.

For det åttende tolker EMD konvensjonen dynamisk, dvs. at konvensjonsreglene gis anvendelse for spørsmål som ikke tidligere ble ansett å være omfattet av konvensjonen. Noe som etter min mening har både positive og negative sider. Det både styrker og svekker rettssikkerheten. Den blir styrket ved at det til en hver tid er mulig å løse

problemet med de bestemmelsene som foreligger, og svekker ved at det kan være litt lite uforutsigbart for partene.

Tolkingen av EMK-reglene fastlegges i EMDs avgjørelser. En norsk dommer eller advokat må derfor ved sin analyse av en avgjørelse undersøke om de nasjonale rettsregler som EMD prøver i den enkelte sak, med rimelighet kan sammenlignes med de aktuelle norske rettsreglene. Hensett til at rettsreglene varierer mellom landene og til de forskjellige rettssystemene i Europa, byr dette ofte på problemer.

Selvsagt finnes det tilgjengelig juridisk teori som fremstiller rettstilstanden på de aktuelle områder, men i den forbindelse er det viktig å se på årstallet for utgivelsen og klarlegge at det ikke senere er kommet rettsavgjørelser av interesse. Dette er et resultat av konvensjonens dynamikk. Etter hvert som vi har fått avgjørelser fra Høyesterett, er det imidlertid grunn til å anta at disse vil være den primære rettskilden også for EMK-rett. Det er likevel ikke tvilsomt at Strasbourg har fått og fortsatt vil få stor betydning for norsk rett – særlig fordi EMK er norsk rett og fordi det er EMD som fortolker og skal utvikle konvensjonen. Det siste kommer jeg spesielt tilbake til når det gjelder resultatet av Rt.2005 s. 833 i forhold til en nylig avsagt dom av EMD.

Som jeg allerede har nevnt ovenfor, er norske domstoler bundet av å bruke samme rettskilder som EMD ved tolkning og anvendelse av EMK. Dette vil særlig tilsi at de må bruke konvensjonsteksten, formålsbetraktninger og selve konvensjonspraksisen som er utviklet i EMD. EMD selv, legger stor vekt på sine tidligere avgjørelser²¹. Samtidig er det slik at EMD anvender en dynamisk tolkningsmetode, som betyr at de tolker innholdet i konvensjonen i lys av utviklingene og behovet i samfunnet²². Det vil tilsi at dages betydning av uskyldspresumsjonen ikke nødvendigvis er morgendagens betydning, og heller ikke var gårsdagens betydning. Hva vil det i praksis bety for norske domstoler?

²¹ Se Christine Goodwin v. The United Kingdom (avsnitt 74)

²² Se Tyrer v The United Kingdom som eksempel på dynamisk utvikling. Samtidig har man opp til flere illustrerende dommer som omhandler transseksuelle, som viser EMDs dynamiske tolkning pga. utviklingen i samfunnet.

Det vil i prinsippet bety at norske domstolars riktige tolkning av uskyldspresumsjonen i dag, kan i utgangspunktet være feil tolkning i morgen. Dermed må norske domstoler til enhver tid holde seg oppdatert med EMDs tolkningspraksis av de relevante bestemmelsene, da vi er bundet av dem gjennom menneskerettighetskonvensjonen jfr. menneskerettighetsloven §. 1. Det betyr også at selv om norske domstoler tolker EMK i samsvar med noe EMD allerede har sagt, kan Norge likevel bli dømt for brudd på Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen dersom EMD senere har sagt noe helt annet. Dette innebærer at forutsigbarheten for norske domstoler er svekket, samtidig innebærer det at rettssikkerheten for den eventuelle klageren også er svekket, da utfallet kan være enda mer upåregnelig enn det hadde vært i utgangspunktet.

Det man skal ta utgangspunkt i når man skal tolke konvensjonens bestemmelser, er dens ordlyd. Akkurat som vi ville ha gjort når vi tolker andre norske lover. I motsetning til loven vi har laget selv i Norge, er det slik at konvensjonen og dens uttrykk skal tolkes autonomt. Det vil si at begreper konvensjonen bruker, som for eksempel “skyld”, har et selvstendig innhold, og er ikke sammenfallende med tilsvarende nasjonale begreper.²³ Som sagt ovenfor er det EMD som står for den dynamiske utviklingen av konvensjonen.

Vi finner enkelte tolkningsregler i konvensjonen. De viktigste som jeg skal nevne i korthet her, er art. 17 og art. 53. I tillegg kommer jeg til å nevne art. 18 da den supplerer art. 17.

Art 17 lyder:

“Art 17. Prohibition of abuse of rights

Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention.”

²³ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2007 s. 38

«Art 17. Forbud mot misbruk av rettigheter

Intet i denne konvensjon skal kunne bli tolket slik at det innebærer at noen stat, gruppe eller person har noen rett til å ta opp noen virksomhet eller foreta noen handling som tar sikte på å ødelegge noen av de rettigheter og friheter som er fastsatt her, eller til å begrense dem i større utstrekning enn konvensjonen gir anledning til.»

Som vi kan lese ut i fra overskriften, forbyr art. 17 misbruk av rettigheter.

Bestemmelsen er først og fremst rettet mot nasjonale myndigheter i det den pålegger de nasjonale myndighetene å håndheve rettighetene i konvensjonen. Men bestemmelsen er likevel et tolkningsprinsipp som er relevant for EMD. EMK art. 18 supplerer art. 17 ved at den begrenser statenes adgang til å innskrenke rettighetene som fremkommer av konvensjonens bestemmelser. Den sier klart at bestemmelsene ikke kan brukes til «noe annet formål enn de er bestemt for».

“Art 18. Limitation on use of restrictions on rights

The restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed”

«Art 18. Begrensninger i bruken av innskrenkninger i rettigheter

De innskrenkninger som denne konvensjon tillater i de nevnte rettigheter og friheter, skal ikke bli brukt til noe annet formål enn de er bestemt for.»

Art. 18 som vi kan se, retter seg direkte mot statenes faktiske inngrep mot borgerne.

Bestemmelsen har også tolkningsmessig betydning ved at den begrenser unntakene som EMK gir adgang til, ved å si at de må være i samsvar med formålet med unntaktsbestemmelsen.²⁴

²⁴ Jebens, Menneskerettigheter i straffeprosess s. 51

4.4 Norske domstolers tolkning av EMD

Ved å ha forpliktet seg til å følge EMK, har også medlemsstatene forpliktet seg til å følge EMDs praksis. EMDs hovedoppgave er å håndheve EMK, ved å passe på at medlemsstatene ikke har begått konvensjonsbrudd overfor sine borgere. Dette gjøres etter at saken har blitt anket inn til dem, etter at alle nasjonale rettsmidler er uttømt, jfr. EMK art. 35. EMD kan kun tolke og anvende konvensjonen, domstolen har dermed ingen kompetanse til å innfortolke nye rettigheter.²⁵ Spørsmålet som reiser seg for meg, er om dette vil tilsi det samme som å utvikle konvensjonen? For i Bøhler-dommen Rt. 2000 s 996, sier Høyesterett at det er EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen. Jfr. dommens side 1007 og 1008. For meg virket dette som en forskjell, med glidende overgang.

EMDs avgjørelser har ikke bare virkning for den staten som har blitt innklaget, men den har også rettskildemessig betydning for de andre statene. Da er det viktig å analysere dommene og se i hvilken sammenheng den ble til. Andre momenter som må vektlegges er dommens klarhet som for eksempel dens alder, om den var enstemmig mv., om det er en generell eller spesiell uttalelse, og om den er rettet mot Norge²⁶. Videre i forarbeidene²⁷ kan vi se at Departementet mener at avgjørelser hvor Norge direkte er innblandet må få større betydning enn avgjørelser ovenfor andre stater. Dette fordi de sakene vi har fått direkte mot oss omfatter vårt rettssystem og rettsforhold og kan dermed videreføres lettere i vårt rettssystem. Vi er likevel bundet av å følge praksis som ikke er rettet mot oss, da vi har ratifisert konvensjonen i vår rett. Dersom vi ikke følger den, kan vi risikere at saksforholdet blir brakt inn for EMD, og dermed blir avgjort mot Norge.²⁸

Dersom domstolene skal fravike norsk rett for våre internasjonale forpliktelser, har Departementet sagt:

²⁵ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2007 s. 39

²⁶ Jfr. *Forarbeidene til menneskerettighetsloven Ot.prp. nr. 3 (1998-1999)* s. 68

²⁷ Jfr. *Forarbeidene til menneskerettighetsloven Ot.prp. nr. 3 (1998-1999)* s. 69-70

²⁸ Jfr. *Forarbeidene til menneskerettighetsloven Ot.prp. nr. 3 (1998-1999)* s. 69-70

«Når en dommer [...] skal sette seg ut over det som ellers ville vært den naturlige tolkningen av en norsk lov, må dommeren legge vekt på hvor sikker og fast konvensjonstolkningen er, herunder dens rettskildemessige grunnlag, og om den knytter seg til et saksforhold som svarer til det som er under pådømmelse»²⁹

Dette såkalte klarhetskravet Departementet la til grunn er nå blitt fraveket i praksis. Høyesterett har blant annet uttalt at norske domstoler kan som alminnelig regel, ved tolkningen av EMK ikke bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd.³⁰ Dommen fremhever også at det ved motstrid mellom intern norsk rett og konvensjonene, skal konvensjonene gå foran. Bøhler-dommen er en enstemmig plenumsdom, og har dermed stor rettskildemessig betydning. Dommen handler om en skatteyder som gikk til retten fordi han mente at straffesiktelser skal avgjøres innen rimelig tid, og at det også gjelder under ligningsmyndighetenes behandling av spørsmålet om illeggelse av forhøyd tilleggsskatt for forsettlig eller grovt uaktsom skatteunndragelse. Et annet spørsmål i saken dreide seg om en person to ganger for samme straffbare handling, kan straffes.

Det mest sentrale i dommen ble avsagt på side 1007 på fjerde avsnitt:

”Det følger av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at dersom det tolkingsresultat som følger av EMK, fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt.”

²⁹ Jfr. Forarbeidene til menneskerettighetsloven Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) s. 71

³⁰ Jfr. Bøhler-dommen Rt. 2000 s 996

5 Uskyldspresumsjonen

5.1 Uskyldspresumsjonens rettslige forankring

Uskyldspresumsjonen er etter menneskerettighetskonvensjonen art. 6 (2) formulert slik:

“Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

“Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven”

Uskyldspresumsjonen er også forankret i EMk art. 6 (1) ved å være et utslag av det overordnede kravet til rettferdig rettergang, jfr. blant annet EMD dom Phillips v. The United Kingdom³¹. Likevel kommer vi til å forholde oss til EMK art. 6 (2), da det er det som er vanlig å gjøre i praksis.

Det sies i rettspraksis og juridisk teori at de sidene ved uskyldspresumsjonen som omhandler bevisbyrden til påtalemyndighetene, alltid har vært gjeldene norsk rett gjennom rettspraksis.³² Likevel fikk ikke uskyldspresumsjonen noen forankring i formell norsk lov før den ble inkorporert gjennom menneskerettighetsloven av 1999. Det skal nevnes at uskyldspresumsjonen var allerede lovfestet i menneskerettserklæringen fra 1948 art. 11.1, uten at den var inkorporert i norsk rett.

Menneskerettighetsloven og bestemmelsen om uskyldspresumsjonen i art. 6 (2), har ved motstrid forrang fremfor annen lovgivning, etter menneskerettighetsloven § 3

*“Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal **ved motstrid** gå foran bestemmelser i annen lovgivning.” (min uthevning).*

³¹ Phillips v. The United Kingdom, Application no. 41087/98

³² Strandbakken “Uskyldspresumsjonen” s. 129-130.

5.2 Innholdet i uskyldspresumsjonen

Dersom vi tar utgangspunkt i uskyldspresumsjonens ordlyd, ser vi at ordlyden gir opp til flere forskjellige rettssetninger, men ingen med konkret innhold. Disse forskjellige rettssetningene har likevel fått en nærmere forklaring konvensjonspraksis.

Den første er den såkalte *in dubio pro reo*, som er kjernen i uskyldspresumsjonen. Her snakker man om bevisbyrderegelen, som kan tolkes ut av “*presumed innocent until proved guilty according to law*”. Det er dette prinsippet man snakker om når man sier «*tvil skal komme tiltalte til gode*». Dette prinsippet fremkommer i veldig mange EMD-avgjørelser.

Det andre kravet presumsjonen oppstiller er et forbud mot skyldkonstatering uten om ved fellende dom etter en rettferdig rettergang i tråd med EMK art. 6. Denne bestemmelsen setter grenser for hva offentlige myndigheter kan si før en dom er avsagt, men den setter også begrensninger for hva som kan sies etter at vedkommende har blitt frikjent ved en frifinnende dom. Domstolen kan heller ikke for eksempel skape tvil ved en frifinnelse ved å si at vedkommende kunne ha blitt dømt under et annet straffebud. Det klareste eksempelet på dette området er når vedkommende har blitt frikjent for drap, men hvor man sier at han kunne ha fått et erstatningsansvar da beviskravet ikke er like strengt. Her har Norge vært innklaget for EMD, fordi de har brutt den regelen, jfr. eksempelvis *Y vs. Norway*³³ hvor Norge ble dømt fordi retten hadde ordlagt seg på en måte som undergravde frifinnelsen av klageren.

Det tredje kravet som blir oppstilt er beviskravet. Dette har blitt utledet av flere EMD dommer som legger avgjørelsen og tolkning av Barbera-saken til grunn. Saken dreide seg om en drapssak mot tre terrorister. Flertallet (10-8) fant at det var begått en krenkelse da forhandlingene som helhet ikke fylte kravene til rettferdig og offentlig rettergang. Domstolen fremhevet sammenhengen mellom art. 6 (1) og 6 (3) til støtte for utgangspunktet om at avhør av vitner må tilfredsstille kravet til kontradiksjon. Domstolen uttalte også prinsipielt at art. 6 (2) vil være krenket hvis siktede ikke tidligere er kjent skyldig i henhold til loven og en judisiell avgjørelse gir uttrykk for at

³³ *Y v. Norway*, Dom 11/02/2003

han er skyldig. Denne uskyldspresumsjonen innebærer en bevisbyrderegel.: enhver rimelig tvil skal komme siktede til gode.

Likevel er det i juridisk teori strid om det faktisk foreligger et slikt beviskrav i art.6 (2). Strandbakken for eksempel hevder at det i *“praksis fra Strasbourg foreligger [...] overhodet ingen uttalelse som konkret angir kravet til bevisets styrke i straffesaker”*³⁴. Uavhengig av dette, må man anta at det på bakgrunn av konvensjonspraksis, at uskyldspresumsjonen bare regulerer bevisbyrden. Foruten dette, må norske domstoler uansett oppstille et krav til bevisets styrke, da dette er et vilkår etter norsk rett.

5.3 Tolkning av bestemmelsen

I utgangspunktet skal den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og dens bestemmelser tolkes autonomt. Med autonom tolkning mener man at teksten har en egen verdi og dermed er selvstendig. Det vil i praksis tilsi at konvensjonens begreper, til tross for at de er blitt inkorporert i norsk rett, ikke nødvendigvis er sammenfallende med tilsvarende nasjonale begreper. Begreper, som for eksempel «skyld» har et selvstendig innhold som i utgangspunktet er uavhengig av hvordan de er betegnet i nasjonal rett, og tolket i nasjonal praksis. Engel-dommen³⁵ er et illustrerende eksempel på det. Dommen handler om militær disiplinær straff. Spørsmålet i dommen var om en slik straff var å anse som straff i nasjonal lovgivning. EMD fastslo da at statene ikke kunne omgå konvensjonsvernet i menneskerettighetskonvensjonen ved å kalle en reaksjon for noe annet som straff. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har utviklet en praksis som tilsier hva som er å anse om straff i konvensjonens betydning. Disser kriteriene for vurderingen av om en sanksjon er å anse som straff er for det første om reaksjonen er straff etter nasjonal lovgivning. For det andre må man vurdere regelens karakter og formål. Og til slutt må man ta stilling til reaksjonens karakter. Kriteriene er ikke kumulative, slik at det er nok at et av kriteriene er oppfylt for at noe skal anses for å være straff etter menneskerettighetskonvensjonens autonome tolkning av «straff».³⁶

³⁴ Strandbakken “Uskyldspresumsjonen” s. 342

³⁵ Engel and others vs. The Netherlands

³⁶ Hov 2007. s 65

Grunnen til at det er viktig å vite hva som ligger i de enkelte begrepene i EMK, er fordi det har betydning for vår egen nasjonale rett ved utforming av alternative reaksjoner til straff. Ellers risikerer vi å få sanksjoner mot oss ved at vi bryter konvensjonens prinsipper. Vi må til enhver tid ta utgangspunkt i om reaksjonen kan anses som straff i EMK sin forstand. Det stilles krav til at rettergangen etter konvensjonen må ivaretas uavhengig av hvordan vi ser på sanksjonen i internretten, dersom det går inn under konvensjonens egen tolkning.

5.4 Uskyldspresumsjonens begrunnelse

Uskyldspresumsjonen begrunnes i ønsket om å unngå uriktige domfellelser.³⁷ Det er her vi sier at tvil skal komme tiltalte til gode. På den norske juridiske folkemunnen har man til enhver tid sagt at “det er bedre med tusen skyldige frikjent enn en uskyldig dømt”. Dette gamle hensynet og prinsippet er en av grunnene til at bevisbyrden er en del av uskyldspresumsjonen.

En annen begrunnelse er å verne om siktedes omdømme. Når vi sier at uskyldspresumsjonen skal beskytte siktede før en domfellelse og etter en frikjennelse, er det for å beskytte siktedes omdømme. Han skal ikke gå rundt og bli behandlet som skyldig dersom det ikke foreligger dom, og heller ikke etter at han har blitt frikjent.

5.5 Hvorfor har vi en slik bestemmelse

De aller fleste internasjonale avtaler vi er bundet av, regulerer som regel forholdet statene seg i mellom. Enkelte avtaler vi binder oss til, kan ha trekk som vil tilsi at de er å anse som overnasjonale – det vil si at avtalen kan innskrenke statenes suverenitet. Et eksempel på dette er for eksempel EU. EU kan gjøre vedtak som er bindende for borgerne og bedriftene i de enkelte medlemslandene, uten at de er godtatt av de lokale styresmaktene. Den Europeiske Unionen har fått en overnasjonal karakter. Menneskerettighetene har også en side mot overnasjonalitet.

Vi har en slik bestemmelse fordi man ser mer og mer at statene gjør inngrep i folks liv. Statene er som regel den sterkeste parten i saken, da de som oftest har flere ressurser.

³⁷ Strandbakken “Uskyldspresumsjonen” s. 67-71

Folks behov for beskyttelse er dermed noe man må ivareta gjennom denne traktaten, blant annet ved å pålegge statene bevisbyrden.

5.6 Forholdet mellom uskyldspresumsjonen og det objektive straffeansvaret

Som vi har sett på allerede, er uskyldspresumsjonen en skranke for enkelte bestemmelser i norsk rett. Dette er synliggjort ved at Norge ved flere anledninger har blitt dømt i EMD.

Etter en naturlig ordlydstolkning av EMK art. 6 (2) kan vi ikke tolke om det objektive straffeansvaret er i strid med uskyldspresumsjonen bestemmelsen gir uttrykk for. Ordlyden *“skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven”*, gir intet svar på om det stilles krav til medlemsstatenes utforming av straffebudet. Ordlyden gir kun veiledning om det prosessuelle kravet, og det er påtalemyndighetene har bevisbyrden. Når ordlyden ikke gir noen veiledning på hva slags krav det stilles til innholdet i materielle straffebestemmelser, må man søke svar i konvensjonspraksisen som foreligger på dette punktet.

Konvensjonspraksisen har på dette punktet ikke tatt noen standpunkt til forholdet mellom uskyldspresumsjonen og det objektive straffeansvaret, men det har derimot tatt standpunkt til forholdet mellom skyldpresumsjonen og det objektive straffeansvaret. Etter en naturlig språklig forståelse av konvensjonens ordlyd, kan vi se at skyldpresumsjonen er i strid med konvensjonen og er det motsatte av uskyldspresumsjonen. Presumsjonenes ordlyd i seg selv sier jo klart at det er to motsetninger. Likevel ser man ut i fra praksis at dette er en sannhet med modifikasjoner. Denne drøftelsen foretok Høyesterett seg i Rt. 2005 s. 833, som jeg kommer til nedenfor her, og velger derfor å henvise videre til den. Da spesielt avsnitt 71 i kjennelsen.

5.7 Stortingets vurdering

Ved en lovrevisjon i 1927, tilføyde man i både paragraf 195 og 196 at villfarelse om alder ikke utelukker straffeskyld, under henvisning til at det ikke skjer «den som søker utuktig omgjengelse med personer i denne alder nogen urett, om han får det fulle

straffansvar tross den feilslagne beregning»³⁸ Denne bestemmelsen ble utsatt for mye kritikk.

Sakkyndig lovutvalg har flere ganger før plenumskjennelsen av 2005, foreslått å innføre en reservasjon i strl. § 195 om at ingen uaktsomhet fra gjerningspersonens side må lede til straffrihet.

Den første gangen dette ble foreslått var i 1960. Her foreslo sakkyndig lovutvalg at bestemmelsen skulle bli endret slik at villfarelse med hensyn til alder ikke utelukker straffeskyld «*med mindre ingen uaktsomhet kan legges gjerningsmannen til last i denne henseende*». ³⁹ Begrunnelsen fra Straffelovrådet var at de da gjeldende bestemmelsene med sin kategoriske utforming hadde voldt en del urimeligheter i praksis, og dermed representerte et brudd på alminnelige strafferettslige prinsipper. Det ble likevel under høringen gitt uttrykk for, fra flere hold, at bestemmelsene i §§ 195 og 196 burde beholdes slik de var. Argumentene som ble brukt denne gangen var blant annet hensynet til vern av barn og straffebudenes effektivitet. Det at det kan være vanskelig å føre bevis for at gjerningspersonen var kjent med barnets alder. Men også andre prosessuelle betraktninger ble trukket frem. Blant annet at en slik endring kunne føre til at foreldre kunne kvie seg for å anmelde forholdet dersom det ville føre til at barnet deres måtte møte i retten for å få en vurdering av barnets modenhet og utseende. Det kunne også være en risiko for at påtalemyndighetene kunne la være å forfølge saker på grunn av bevisvansker, og at eksaminasjon i retten kunne få skadelige følger for barnet.

Forslaget ble igjen foreslått i Ot. Prp. Nr. 40 (1961-1962) s. 12. § 196 hadde heller ikke denne gangen en slik reservasjon slik at det vanlige forsettkrav også gjaldt barnets alder, og forslaget gjaldt dermed § 196 også. Stortinget innførte ved lov 15. februar 1963 nr. 2 den nåværende ordlyden i bestemmelsen i § 195, hvor muligheten for å gå fri ved aktsom god tro bare gjelder i § 196. Begrunnelsen for § 196 var at flertallet i komiteen mente at dersom de ikke gikk for å opprettholde ordlyden der slik den var, kunne bestemmelsen ha blitt «illusorisk». ⁴⁰

³⁸ Innstilling I av juni 1925 fra Straffelovkomiteen s. 33.

³⁹ Straffelovrådets innstilling av 17. mars 1960 side 25.

⁴⁰ Innstilling O.V. (1962-63) s. 2.

Det ble igjen, i Straffelovkommisjonens delutredning om «Seksuallovbrudd»⁴¹ foreslått å endre bestemmelsen. Flertallet i det daværende Seksuallovbruddutvalget fant ut at de prinsipielle innvendingene mot at alder skal være et objektivt straffbarhetsvilkår måtte veie tyngst, idet man ellers kunne risikere å dømme gjerningspersoner som ikke har utvist skyld med hensyn til fornærmedes alder.⁴² Forslaget fikk ikke tilslutning fra Justisdepartementet, og heller ikke av Stortinget.

En del av argumentene som ble brukt mot en slik endring av det objektive straffbarhetsvilkåret var blant annet fra Justiskomiteen om at det ville innebære en svekkelse av barns rettsstilling.⁴³ Andre mente at ved å åpne opp for en slik endring i bestemmelsen, ville man på den måten åpne opp for at overgriperen selv kunne definere situasjonen og dermed på den måten unngå straffeskyld.

Riksadvokaten mente i det samme skrivet at den rettsstilstanden som ble foreslått av utvalget, kunne få negative følger. Videre skriver Riksadvokaten i sitt brev at:

*«Dersom alder ikke lenger blir et objektivt vilkår, vil det for sakens parter og domstolen lett fremstå som ønskelig -kanskje også nødvendig - med fornærmede til stede i retten og gjennomføre en eksaminasjon med det formål nærmere å klarlegge vedkommende sin opptreden forut for den hendelse saken gjelder. Det er neppe tvilsomt at straffeforfølgningen da vil bli en vesentlig større belastning for de fornærmede som er under 14 år. I dag vil fornærmedes forutgående atferd i stor grad være rettslig irrelevant (bortsett fra straffutmålingen), og saken vil derfor også strafferettslig sett lettere bli ansett tilstrekkelig opplyst gjennom bruk av dommeravhør.»*⁴⁴

Det riksadvokaten gir uttrykk for her er at rettsstilstanden ikke bør endres, for det kan

⁴¹ NOU 1997:23

⁴² NOU 1997:23 s. 64

⁴³ Ot. Prp. Nr. 28 (1999-2000) s. 53 – 6.2.2.3 «Høringsinstansenes syn», og Innst. O. nr. 92 (1999-2000) s. 18.

⁴⁴ Ot. Prp. Nr. 28 (1999-2000) s. 53 – 6.2.2.3 «Høringsinstansenes syn»

være skadelig for barn under 14 år. Han vil med dette opprettholde den daværende rettstilstanden om det objektive straffbarhetsvilkåret.

Justisdepartementet gikk også inn for å videreføre regelen om alder som objektivt straffbarhetsvilkår dersom fornærmede er under 14 år. Departementet uttalte at dersom regelen åpnet opp for at gjerningsmannen må ha utvist uaktsomhet med hensyn til fornærmedes alder, ville det innebære en uønsket svekkelse av det vern mot seksuelle overgrep som straffeloven i dag gir barn under 14 år. En bevisførsel med hensyn til gjerningspersonens skyld i slike tilfeller ville ha vært en ytterligere belastning for fornærmede, og er noe som departementet vil unngå, og som lovgiver også bør unngå. Når det gjelder regelen for fornærmede mellom 14 og 16 år, ønsket Departementet og videreføre gjeldene rett. Begrunnelsen for det var at utvalgets flertall mente at så lenge man beholdt alder som et objektivt straffbarhetsvilkår, kunne man risikere å dømme gjerningspersoner som ikke har utvist skyld med hensyn til fornærmedes alder. Departementet understreket at dette ville det ikke være fare for ved fornærmede under 14 år.⁴⁵ En del av begrunnelsen var at det må være åpenbart for gjerningsmannen at barnet er under 16 år, da Justisdepartementet så på det som et klart skille mellom barn under 16 år og barn under 14 år, jfr. aldersvilkårene som blir stilt i strl. § 195 og § 19

Da Stortinget vedtok den nye reviderte straffeloven i 2005, ble ikke bestemmelsene endret i første omgang. Stortinget ville da, på tross av plenumskjennelsen i 2005 (som jeg kommer til under i pkt. 5.8), beholde den gamle ordlyden og det objektive straffbarhetsvilkåret i den da gjeldende § 195 tredje ledd. Og Stortinget beholdt ordlyden i den nye straffeloven, selv om den ikke da hadde trådd i kraft, slik at bestemmelsen i den gamle straffeloven av 1902 fortsatt var i kraft, til tross for at Høyesteretts praksis ble lagt til grunn som gjeldende rett. Det vil si at det da var slik at selv om det lå en helt klar ordlyd fra Stortingets side og en klar vilje på at de ikke ønsket å endre rettstilstanden, og svekke vernet for barn under 14 år, gikk Høyesterett mot det. Straffelovkommisjonen uttalte at det normalt ville ha foreligget uaktsomhet

⁴⁵ Ot. Prp. Nr. 28 (1999-2000) s. 53 – 6.2.2.4 «Departementets syn»

når barnet er under 14 år, men at man av retstekniske grunner likevel bør avskjære enhver form for bevisførsel om dette.⁴⁶

Etter min mening svekker dette demokratiet vårt ved at maktfordelingsprinsippet blir forskjøvet ved at Høyesterett setter til side en klar ordlyd og går imot Stortingets vilje, for å hindre at vi begår et brudd mot Den europeiske menneskerettighetsdomstolens praksis på dette feltet. På den måten får Høyesterett mer makt enn den har etter Grunnlovens kapittel D, ved at den da ikke bare er «den dømmende Magt», men også blir den lovgivende ved at den endrer rettstilstanden uten at ordlyden er endret, og som allerede konstatert, mot Stortingets vilje. Maktfordelingsprinsippet fremgår ikke av noen klar ordlyd, men det er sikker konstitusjonell sedvanerett for at dette prinsippet er gjeldende. Når det er konstitusjonell sedvanerett, vil det si at prinsippet har Grunnlovsrang. Med maktfordelingsprinsippet mener man at prinsipp som sikrer at maktutøvelsen er delt på tre uavhengige myndigheter. Myndighetene vi opererer med er den lovgivende makt – Stortinget, den utøvende makt – Regjeringen, og den dømmende makt – Domstolen. Disse myndighetene får sin myndighet gjennom Grunnloven, jfr. kapitlene B, C og D. Ut i fra Grunnlovens oppbygning kan man også tolke maktfordelingsprinsippet.

Disse organene, som jeg har nevnt ovenfor, skulle være uavhengige av hverandre, og ingen skulle dominere over noen av de andre. Det var derfor viktig at de balanserte hverandre, gjennom adskilte myndighetsområder og en helt klar oppgavefordeling dem i mellom. Når Høyesterett, til tross for et slikt overordnet prinsipp, trosser denne fordelingen, ser vi hva slags problemer som kan oppstå i norsk rett når vi binder oss til internasjonale avtaler. Ved slike handlinger, svekker vi Stortingets lovgivningsmyndighet, ved at man åpner opp for at andre myndigheter får samme kompetanse.

Dette satte Stortinget i en vanskelig situasjon, og tvang gjennom et nytt og endret utkast til den gamle strl. § 195 tredje ledd. Den nye ordlyden av 2009 ser slik ut :

⁴⁶ NOU 2002:4 s. 362

”§ 307.¹ Krav til aktsomhet om barnets alder

For bestemmelsene i §§ 299-306 fører uvitenhet om barnets riktige alder ikke til strafffrihet hvis tiltalte på noe punkt kan klandres for sin uvitenhet. For bestemmelsene i § 295 bokstav c og §§ 309 og 310 fører uvitenhet om barnets riktige alder ikke til strafffrihet hvis tiltalte kan klandres for sin uvitenhet.”

Bestemmelsen har fortsatt ikke trådd i kraft, selv om dens ordlyd blir sett på som gjeldende norsk rett. Begrunnelsen for at Stortinget til slutt tilsluttet seg Høyesteretts tolkning av bestemmelsen og endret den:

Ot.prp.nr.22 (2008-2009) uttales det i pkt 7.16:

”På grunnlag av Rt-2005-833 har departementet likevel kommet til at fornærmedes alder ikke bør opprettholdes som et objektivt straffbarhetsvilkår for seksuell omgang med barn under 14 år. Departementet foreslår i stedet en generell bestemmelse i straffeloven 2005 § 307 første punktum som oppstiller et strengt aktsomhetskrav for barnets alder for alle bestemmelser som gjelder barn under den seksuelle lavalder hvor barnets alder er det sentrale vilkåret for straffansvar. Forslaget til straffeloven 2005 § 307 første punktum dekker følgelig voldtekt av barn under 14 år, seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år, seksuell handling med barn under 16 år, seksuell atferd overfor barn under 16 år (herunder forledelse av barn under 16 år til å utvise slik atferd) og avtale om møte for å begå seksuelt overgrep. At regelen også gjelder for den som utviser seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd i nærvær av eller overfor en mindreårig, er en utvidelse i forhold til straffeloven 1902. Departementet mener det er grunn til å etablere et strengt ansvar for seksuell kontakt med unge personer. I flere tilfeller synes også den seksuelle kontakten å bli innledet ved seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd for deretter å gå over til fysisk seksuell kontakt.”

Dermed endret Stortinget innholdet i den gamle straffeloven § 195 tredje ledd, og fjernet det objektive straffbarhetsvilkåret med henhold til alder, slik at gjerningsmannen

har mulighet til å bevise sin uskyld dersom han var i god tro i forbindelse med barnets alder.

5.8 Rt. 2005 s. 833

Grunnen til at jeg velger å legge stor vekt på denne avgjørelsen er fordi i denne avgjørelsen, etter min mening, ligger Høyesterett i en gråsoner hvor de sjonglerer delvis på rollen som dømmende makt og lovgivende makt. Samtidig er det på bakgrunn av denne avgjørelsen at Stortinget endret sin lovgivning på strafferettens område.

Plenumskjennelsen av Rt. 2005 s. 833 er i denne sammenhengen en meget viktig rettskilde. Det var første gang Høyesterett tilsidesatte et objektivt straffbarhetsvilkår, nærmere bestemt straffeloven § 195 tredje ledd, da Høyesterett fant ut at den var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art.6. Dommen handler om en mann som hadde seksuell omgang med en jente som da var under 14 år. Bestemmelsen i straffelovens § 195 tredje ledd stiller objektive krav til den skyldiges forståelse av situasjonen, jentas alder. Dermed spilte det ingen rolle etter straffelovens bestemmelse om vedkommende subjektivt sett kjente eller burde ha kjent til jentas alder. Dette objektive skyldkravet ble som sagt, ansett som et brudd med EMK art. 6, da vedkommende ikke fikk muligheten til å bevise sin uskyld, men ble ansett på som skyldig kun ut fra objektive opplysninger om fornærmedes alder.

Hovedspørsmålet i saken var om bestemmelsens tredje ledd om at villfarelse om barnets alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med noen under 14 år, var i strid med uskyldspresumsjonen i Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 6 nr. 2.

Høyesterett startet sin vurdering ved å si noe om prøvingen for Høyesterett og sa da at den skal skje på samme måte som for EMD. Altså at prøvingen skal skje i tilknytning til det konkrete saksforhold.⁴⁷ Deretter fortsatte Høyesterett sin vurdering av dette ved å ta en gjennomgang av de generelle spørsmålene bestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd reiser i forhold til uskyldspresumsjonen i EMK. Her tok Høyesterett inn

⁴⁷ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 28.

lovhistorien og hensynene bak bestemmelsene i straffeloven §§ 195 og 196 om villfarelse med hensyn til alder.

Høyesterett uttaler klart at det foreligger en klar lovgivervilje bak lovbestemmelsen slik den var utformet i strl. § 195. Til tross for at det fra faglig hold har kommet motforestillinger mot bestemmelsen, og at det har vært sterkt delte meninger om den, er den fastholdt slik den har stått siden 1927, ut i fra hensynet til barnets beste, materielt og prosessuelt.⁴⁸

Videre sier Høyesterett i avsnitt 40:

«Jeg bemerker særskilt at forholdet mellom straffeloven § 195 tredje ledd og uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 ikke har vært vurdert i forbindelse med lovrevisjonen, heller ikke i forbindelse med arbeidet med ny straffelov. Dette leder meg over til forholdet til menneskerettighetene».

Lovrevisjonen og ny straffelov som omtales i sitatet ovenfor er den nye Straffeloven av 2005.

Deretter gjør Høyesterett en kort redegjørelse for Menneskerettighetsloven, uskyldspresumsjonen i EMK og tolkningsprinsipper, samt generelle utgangspunkter.⁴⁹

Høyesterett tolker EMK art. 6 nr. 2 sitt anvendelsesområde. Høyesterett gjør rede for at bestemmelsen regulerer ulike spørsmål. Dels oppstiller den en bevisregel, dels setter den visse grenser for utsagn om straffeskyld. Høyesterett sier også at de fleste sakene vi har hatt i Norge har handlet om grenser for utsagn om straffeskyld, mens den foreliggende saken handler om bevisregelen. Førstvoterende mener at den har et videre anvendelsesområde enn det rent prosessuelle.

Høyesterett går deretter inn og viser til grunnleggende tolkningsprinsipper for anvendelse av forrangsprinsippet i menneskerettighetsloven § 3. Høyesterett viser også

⁴⁸ Rt 2005 s. 833 avsnitt 39.

⁴⁹ Rt 2005 s. 833 avsnitt 41-47

til hvordan tidligere praksis har tolket bestemmelsen, og sier at det følger av disse⁵⁰ at det ved anvendelse av reglene i EMK, skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. De skal da benytte samme tolkningsmetode som EMD.

Høyesterett sier også noe i avsnitt 45 som er veldig viktig, som er at norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Men at det er i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, skal norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier, kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.

«[...]ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.»

Høyesterett går deretter inn og sier igjen at lovbestemmelsen som denne saken bygger på, bygger på en klar og sterk norsk lovgivervilje. Bestemmelsen gir dermed ikke noen grunnlag for tolkningstvil eller innskrenkede fortolkning. Høyesterett sier at norske domstoler bør, som alminnelig regel ikke legge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd, og henviser blant annet til Bøhler-dommen.⁵¹ Ved tvil om betydningen av EMDs avgjørelser vil det ha vekt om saksforholdet kan sammenlignes med det som foreligger til avgjørelse i norsk rett. Saken som Høyesterett sto ovenfor her gjelder en bestemmelse som Norge mest sannsynligvis sto alene om, noe Høyesterett poengterer opp til flere ganger senere, ved blant annet å se på nordisk praksis. At det dermed ikke finnes praksis fra EMD om dette spørsmålet vi står ovenfor i denne kjennelsen når det gjelder det objektive straffbarhetsvilkåret i straffeloven § 195

⁵⁰ Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2003 s. 359

⁵¹ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 46 og Rt. 2000. 996

tredje ledd er naturlig, men det utelukker ikke at det kan trekkes bindende slutninger fra annen EMDs praksis som kan kaste lys over tolkningen til den saken.

Høyesterett ser deretter på EMDs praksis om uskyldspresumsjonen og reiser et grunnleggende spørsmål om uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr.2 stiller krav til innholdet i materielle straffebestemmelser og i tilfelle hvilke krav.⁵² De starter med *Salabiaku mot Frankrike* dommen⁵³.

Dommen handler om en mann som var dømt etter den franske tollovgivning til en bot på 100.000 franske francs for smugling. Han hadde tatt med seg en koffert som inneholdt narkotika fra flyplassen og brakt den med seg gjennom tollkontroll. Etter fransk lovgivning var det adgang til og straffedømme for smugling personer som ved tollkontroll var i besittelse av ulovlig gods, uten at påtalemyndigheten trengte å bevise at besitteren hadde innført varene, og uten hensyn til vedkommendes subjektive forhold. I rettspraksis var det lagt til grunn at siktede kunne fri seg ved å bevise at forholdet var helt uunngåelig, såkalt «force majeure». *Salabiaku* hevdet at han ikke kjente til innholdet i kofferten. Og at han dermed var dømt i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2

EMD fant ut at den franske domstolen ikke hadde overskredet grensene i saken, og viste til at de hadde vært omhyggelige i sin konkrete vurdering og ikke automatisk bygget på presumsjonen i den franske tollbestemmelsen. Force majeure ble vurdert, og *Salabiaku* hadde ikke vært helt uten mulighet til å forsvare seg. EMD viste blant annet til at de franske domstolene hadde praktisert reglene slik at det krevdes et visst element av subjektiv skyld.⁵⁴

Høyesterett går enda videre i å finne ut om det foreligger en forskjell mellom både objektive normer og presumsjonsregler. De viser til to ytterligere EMD dommer, *Pham Hoang mot Frankrike*⁵⁵ og *Janosevic mot Sverige*⁵⁶. De vurderer *Janosevic* dommen

⁵² Rt. 2005 s. 833 avsnitt 48 og 49.

⁵³ *Salabiaku v. France*, Application no. 10519/83, EMD – 1983-10519

⁵⁴ *Salabiaku mot Frankrike* (Application no. 10519/83) (EMD-1983-10519) avsnitt 30.

⁵⁵ *Pham Hoang mot Frankrike* (Application no. 13191/87) (EMD-1987-13191)

mer utdypende, da den har en større interesse i forbindelse med forskjell mellom objektive normer og presumsjonsregler.

Saken Janosevic mot Sverige gjaldt en person som ved administrativ behandling var ilagt tilleggsskatt, som er å anse som straff etter EMK art. 6, på grunnlag av regler som ikke krever forsett eller uaktsomhet. EMD fremholdt at de svenske reglene ikke etterlot skattyteren i en situasjon helt uten muligheter for å forsvare seg, idet tilleggsskatt ikke ilegges automatisk ved uriktige ligningsopplysninger. Det ble ikke funnet å ha skjedd brudd på uskyldspresumsjonen da skatteyterne ikke var uten mulighet til å forsvare seg. Det ble også lagt vekt på betydningen av et effektivt system for å sikre statens hovedinntektskilde.

For å finne ut om uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2 gir beskyttelse mot objektive straffbarhetsbetingelser som denne saken dreide seg om, og i tilfelle etter hvilke kriterier, går Høyesterett inn i konvensjonsteksten, EMDs praksis og formålsbetraktninger i EMK art. 6. Høyesterett tolker bestemmelsen ved å se på ordlyden i bestemmelsen om uskyldspresumsjonen isolert sett. Først tar dem utgangspunkt i hva ordlyden direkte sier og hva den gjelder. Det er en bestemmelse om prosessuelle rettigheter ved bevisbedømmelsen i straffesaker. Påtalemyndighetene må føre bevis for skyld og motbevise den uskyldspresumsjon som en siktet i straffesak skal være sikret. Høyesterett sier at det ikke er noe i ordlyden til bestemmelsen som direkte peker mot objektivt straffansvar eller objektive straffbarhetsvilkår. Videre uttales at uskyldspresumsjonen, etter EMDs praksis, henger klart sammen med det grunnleggende kravet til «*fair trial*» i artikkel 6 nr. 1 og må derfor sees i sammenheng med dette. Høyesterett trekker frem at bestemmelsene i artikkel 6 bygger på grunnleggende europeiske rettsstatsprinsipper til vern om siktede i straffesaker, og det derfor må føre til at formålsbetraktninger skal stå sentralt ved tolkningen. Dette gir dermed ikke noen grunnlag for streng ordfortolkning.

Høyesterett ser deretter på norsk teori, for å se hva som har blitt uttalt om kriteriene for presumsjoner også gjelder ved objektive straffbarhetsvilkår. Høyesterett finner det

⁵⁶ Janosevic mot Sverige (Application no. 34619/97) (EMD-1997-36985)

likevel tilstrekkelig å konstatere at det er delte meninger om hva som kan utledes av EMDs praksis om dette spørsmålet. Høyesterett velger likevel å begrense dens egen drøftelse til det objektive straffbarhetsvilkår og ikke presumsjoner. Hvorfor de velger å gjøre dette, gjør dem rede for i dommens avsnitt 71:

«At objektive straffbarhetsvilkår behandles etter noenlunde samme kriterier som presumsjoner, underbygges etter min mening av formålsbetraktninger. Det er en nær indre sammenheng og en glidende overgang mellom objektive straffbarhetsvilkår og presumsjoner eller omvendt bevisbyrde. Slike ordninger bygger typisk på effektivitetshensyn og får betydning for påtalemyndighetenes bevisføringsplikt. En objektiv regel innebærer at påtalemyndigheten er fritatt for å bevise skyld i forhold til det aktuelle element i straffebestemmelsen, mens siktede ved presumsjoner og omvendt bevisbyrde må bevise sin uskyld. Forskjellen kan i praksis være minimal. Det vil ofte være naturlig å se et objektivt straffbarhetsvilkår som en regel som presumerer skyld, uten at det er anledning til å føre motbevis. Bestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd har preg av dette. Jeg har for mitt vedkommende vanskelig for å se at siktedes rettigheter skal være dårligere ved anvendelse av objektive straffbarhetsvilkår enn ved presumsjoner som det praksis kan være særdeles vanskelig å motbevise.»

Høyesterett sier at det ved objektive straffbarhetsvilkår knyttet til faktum, er det i selve systemet ikke noen mulighet for å forsvare seg ut fra sitt subjektive forhold. Spørsmålet om siktedes rettigheter er da ikke knyttet til bevissituasjonen, men til bestemmelsenes innhold. Spørsmålet er da om uskyldspresumsjonen tar sikte på å regulere slike spørsmål. Høyesterett mener at det er en for snever betraktningssmåte og finner heller ikke særlige holdepunkter fra et slikt syn i EMDs praksis. Høyesterett har tolket flere avgjørelser av EMD, og finner at det tvert imot har vært et sentralt element når det ikke er konstatert brudd på uskyldspresumsjonen, at domfellelsen ikke har skjedd automatisk på grunnlag en presumsjon, men er bygget på en nærmere prøving hvor siktede har hatt en viss mulighet til å forsvare seg. Høyesterett uttaler i avsnitt 72 i dommen at:

«Uttalelsene i Salabiaku-dommen om at kriteriet «accoring to law» i artikkel 6 nr. 2 ikke kan begrenses til de kriterier som er oppstilt i den nasjonale lovgivning, men må ses i sammenheng med «the fundamental principle of the rule of law», underbygger etter min mening at også regler om at nærmere beskrevne handlinger er straffbare uten hensyn til skyld, kan bli gjenstand for vurdering etter uskyldspresumsjonen.»⁵⁷

Etter at Høyesterett har tolket konvensjonsbestemmelsene, EMDs praksis og formålsbetraktninger utleder den at det objektive straffbarhetsvilkåret med hensyn til faktum, ikke i seg selv er i strid med konvensjonen. Men dersom man skal bruke slike vilkår, må man holde dem innenfor visse grenser i tråd med de kriterier som er trukket opp for presumsjoner i Salabiaku-dommen, og som senere har blitt videreført i EMDs praksis, blant annet i de svenske dommene som er nevnt ovenfor.

Det vil si at bruken av objektive straffbarhetsvilkår kan aksepteres bare innenfor rimelige grenser tatt i betraktning hva som står på spill. Dette innebærer at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering. Siktetes rett til å forsvare seg er et av momentene som må vurderes i den samlede vurderingen. Denne proporsjonalitetsvurderingen følger av EMK artikkel 6 nr. 2, og er også noe norske domstoler må legge til grunn når de vurderer saker etter denne bestemmelsen.

Høyesterett sier klart og tydelig at prinsippet om nasjonal skjønnsmargin først og fremst har betydning i forbindelse med rettigheter av politisk art. Dermed får den nasjonale skjønnsmargin lite spillerom i denne saken, da den gjelder fundamentale rettssikkerhetsgarantier i strafferetten. Prinsippet har heller ikke vært noen tema i avgjørelsene fra EMD på dette området.

Høyesterett tar deretter og vurderer villfarelsesbestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd opp mot uskyldspresumsjonen. Høyesterett ser på om vi egentlig står ovenfor en rettighetskollisjon.

⁵⁷ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 72

Høyesterett ser også på forskjellene og likhetene mellom bestemmelsene i § 195 og § 196. For det første er strafferammen vesentlig strengere i § 195 enn i § 196. Den alminnelige strafferammen i § 195 er på 10 år, mens den i § 196 er på 5 år. Straffenivået skiller seg også ved at den etter § 195 i utgangspunktet skal være ubetinget. Enda et moment er at det er langt mer ødeleggende for egen ære å bli dømt etter § 195 enn etter § 196.

Høyesterett går så videre til proporsjonalitetsvurderingen og starter med hensynet til å verne barnet under rettergangen. De tar utgangspunkt i straffeprosessloven § 239 om dommeravhør med barn under 14 år. De tar opp avhøret ved videoopptak da det som oftest går en tid før en straffesak kommer opp for retten. For å passe på at man får riktig bevisvurdering, tar man det opp før barnet utvikler seg for raskt.

Høyesterett sammenligner den norske retten med annen nordisk rett og ser at bestemmelsen i straffeloven er mest sannsynligvis en bestemmelse som Norge er alene om. Deretter ser de på at bestemmelsen er til for å verne de yngste barnas rettigheter. Dette er et tungtveiende hensyn, spesielt siden lovgiver etter omfattende drøftelser har funnet hensynet utslagsgivende og senere beholdt bestemmelsens ordlyd.

Deretter tar Høyesterett for seg avgjørelsene fra EMD som de tidligere har gjennomgått i saken. Det fremgår klart av disse dommene at det har betydning på hvilket område vi befinner oss på når bestemmelsen og de hensyn den skal ivareta, skal veies opp mot siktedes rettigheter. I vår sak står uskyldspresumsjonen som et av de grunnleggende prinsippene i strafferetten særlig sterkt, da vi befinner oss i kjernen av den sentrale strafferetten.

Høyesterett legger videre vekt på at bestemmelsen i straffeloven § 195 i realiteten bare reiser to spørsmål. Det første spørsmålet er om det har foregått seksuell omgang i form av samleie. Det andre spørsmålet er om fornærmede var under 14 år. Høyesterett sier her at det avgjørende med bestemmelsen er nettopp fornærmedes alder. Det at jenta var under 14 år, er det som gjør forholdet straffbart. Ikke det at de hadde samleie.

Høyesterett sier klart at det er alderen som er det helt sentrale elementet i bestemmelsen. Høyesterett sier også at bestemmelsen utelukker enhver vurdering av

siktedes subjektive forhold, og gir ingen mulighet for forsvar. Dette er også et moment som må tas inn i vurderingen som skal foretas i forhold til EMK. Det at denne saken gjelder en overtredelse som i utgangspunktet straffes med en strafferamme på minst 2 års fengsel, har en stor betydning. Mye større enn de tidligere sakene hvor straffen har vært bøter eller andre økonomiske reaksjoner.

Om dette sier Høyesterett i avsnitt 87:

«Når det som her gjelder et grunnleggende straffbarhetsvilkår innenfor den sentrale strafferett, hvor det er aktuelt med en reaksjon i form av streng fengselsstraff, og siktede ikke har mulighet til å forsvare seg mot domfellelse på grunnlag av sine subjektive forutsetninger, foreligger det en situasjon hvor den fundamentale rettssikkerhetsgaranti som ligger i uskyldspresumsjonen må være avgjørende.»

På bakgrunn av dette konkluderte Høyesterett med at bestemmelsen i strfl. § 195 tredje ledd ikke kan anvendes etter sin ordlyd slik at det ikke ble noen domfellelse.

Avslutningsvis sier Høyesterett i avsnitt 88:

«Det ligger i det jeg har uttalt, at for å oppfylle uskyldspresumsjonen i EMK må loven tolkes slik at den gir plass for en aktsomhetsvurdering. Skal man oppnå samsvar med konvensjonen, må det etter min mening i § 195 tredje ledd innfortolkes en tilsvarende reservasjon som i § 196 tredje ledd. Når det kreves at ingen uaktsomhet kan legges gjerningspersonen til last, er dette et meget strengt kriterium, hvor siktede må utvise aktivitet for å bevise at han er uskyldig ved å redegjøre for konkrete omstendigheter som kan underbygge at han har vært aktsom i relasjon til fornærmedes alder. Et ytterligere beviskrav i en så alvorlig sak innen for den sentrale strafferett kan det etter min mening ikke være grunnlag for.»

Selv om denne dommen ga svar på en del spørsmål, som spesielt gjaldt forholdet mellom den objektive straffebestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd og EMK art.

6, skapte den også en del spørsmål og problemer. For tiltros for denne dommen, endret ikke Stortinget på den aktuelle straffbarhetsbestemmelsen i 2005 loven. Vi skal se mer på Stortingets vurdering, både før og etter denne dommen, nedenfor.

5.9 Det objektive straffbarhetsvilkåret – særlig plenumskjennelsen i Rt. 2005 s. 833

Spørsmålet om det objektive straffbarhetsvilkåret i straffelovens § 195 tredje ledd «*villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld*» strider mot uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr 2. ble ikke første gang tatt opp i Rt. 2005 s. 833, men ble allerede diskutert i et obiter dictum i Rt. 2004 s. 1275. Høyesterett tok likevel ikke standpunkt til om det gjorde det, i det lagmannsrettens dom ble opphevet på annet grunnlag. Det eneste Høyesterett bemerket var at strl. § 195 tredje ledd «*kan reise problemer i forhold til uskyldspresumsjonen*». ⁵⁸ Videre sier Høyesterett i 2004 i dommen;

«Jeg finner grunn til å tilføye at dersom § 195 tredje ledd hadde hatt en bestemmelse svarende til § 196 tredje ledd, ville forholdet til EMK artikkel 6 nr. 2 neppe ha vært problematisk.» ⁵⁹

Spørsmålet ble for ordentlig reist igjen i Rt. 2005 s. 833, og da vurderte Høyesterett i plenum om det objektive straffbarhetsvilkåret i strl. 195 tredje ledd var i strid med uskyldspresumsjonen.

Saken handlet om slik som vi kan se tidligere i avhandlingen, om en 20 år gammel mann som hadde hatt seksuell omgang med en jente som på handlingsøyeblikket var 13 år og tre måneder. Handlingen oppfylte det objektive straffbarhetsvilkåret, da hun var 9 måneder under 14 års grensen, og muligheten for mannen å få en subjektiv vurdering etter strl. § 196 tredje ledd «*Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld, med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte*» var utelukket. For det er slik at det etter ordlyden i strl. § 195 og sikker rett, at det er helt uten betydning om den påståtte gjerningsmannen var i god tro da det gjaldt jentas alder på handlingsøyeblikket.

⁵⁸ Rt. 2004 s. 1275 avsnitt 24.

⁵⁹ Rt. 2004 s. 1275 avsnitt 24 if.

Førstvoterende i plenumskjennelsen fra 2005 tok først utgangspunkt i at konvensjonspraksisen rundt EMK art. 6 hadde i første omgang dreid seg om skyldspresumsjoner, og ikke uskyldspresumsjonen som de sto ovenfor. Førstvoterende tok først utgangspunkt i konvensjonspraksisen, men til la også vekt på formålsbetraktninger og juridisk teori vekt. Etter denne vurderingen kom førstvoterende frem til at det i denne saken ikke var noen grunn til å skille mellom om det foreslo en uskyldspresumsjon eller en skyldpresumsjon på den ene siden, og om det objektive straffbarhetsvilkåret var oppfylt på den andre siden. Grunnen til det var at det ikke forelå noen automatikk i at det objektive straffbarhetsvilkåret var i strid med uskyldspresumsjonen. Førstvoterende sa at det avgjørende er om det objektive straffbarhetsvilkåret var innen for rimelige grenser i forhold til våre forpliktelser etter EMK. For å finne ut om det objektive straffbarhetsvilkåret var innenfor rimelige grenser, måtte man ta utgangspunkt i den samme proporsjonalitetsvurderingen som EMD hadde stilt tidligere for presumsjoner.

Da Høyesterett foretok proporsjonalitetsvurderingen, tok de først utgangspunkt i begrunnelsen bak bestemmelsen i straffeloven. Formålet med bestemmelsen var å verne de yngste barna.⁶⁰ Dette hensynet er et tungtveiende hensyn. I tillegg så man at det var en klar lovgivervilje bak bestemmelsen. Stortinget hadde klart sagt i fra at de ønsket denne bestemmelsen i straffeloven. Høyesterett viste videre til de andre nordiske landenes lovgivning, og kom frem til at det bare var Norge som hadde en slik bestemmelse i sin lovgivning.

Etter det tok Høyesterett og veide hensynene bak bestemmelsen opp mot siktedes rettigheter. Etter min mening er en slik bestemmelse i strid mot allmennhetens oppfatning av at rettssystemet skal ivareta rettferdighetshensyn. Da den blant annet representerer en urimelig hard påkjenning for gjerningsmannen dersom tilfellet fører til en domfellelse.

Etter en konkret vurdering kom flertallet i Høyesterett frem til at den objektive regelen i strl. § 195 tredje ledd ikke var holdt innenfor rimelige grenser. Dermed valgte

⁶⁰ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 81

Høyesterett å tolke bestemmelsen i § 195 tredje ledd innskrenkende, for å unngå konvensjonskrenkelse. Høyesterett la til grunn samme aktsomhetskrav i § 195 tredje ledd, som det kreves etter strl. § 196 tredje ledd, «*Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld, med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte.*» Denne innskrenkende tolkning Høyesterett foretok seg i Rt. 2005 s. 833 har senere blitt lagt til grunn i flere andre avgjørelser, blant annet i Rt. 2006 s. 40 avsnitt 10-11 hvor Høyesterett sier :

«(10)

I plenumsdommen fastslo Høyesterett at det må innfortolkes en tilsvarende reservasjon i § 195 som i § 196 tredje ledd. Denne bestemmelsen fastslår at villfarelse om alder ikke utelukker straffeskyld « med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte ».

«(11)

Sitatet fra tingrettens dom viser at retten har foretatt en bevisvurdering, der konklusjonen er at det ikke festes lit til tiltaltes forklaring. Det fremgår at det har vært foretatt bevisførsel om denne problemstilling, og tingretten trekker frem momenter fra denne. At tingretten i tillegg gjengir regelen i § 195 tredje ledd, medfører ikke at det kan stilles spørsmål ved den bevisvurdering retten har foretatt. Når det gjelder lagmannsrettens dom, gjaldt anken straffutmålingen, og lagmannsretten hadde ingen foranledning til å kommentere skyldkravet i § 195.»

Og Rt. 2006 s. 809 avsnitt 10 hvor Høyesterett sier:

«(10)

Når det gjelder domfeltes subjektive forhold, har lagmannsretten bygget på at domfelte trodde at gutten var 15 år, men hadde opptrådt uaktsomt i så måte, jf Rt-2005-833.»

Og må dermed anses som et sikkert uttrykk for gjeldende rett.

Til tross for at det forelå en dissens i denne dommen, kom både fler tallet og mindretallet frem til at det objektive straffbarhetsvilkåret var i strid med uskyldspresumsjonen.

Denne avgjørelsen har også påvirkning på tolkning av resten av bestemmelsen i strl. § 195, og da tenker jeg spesielt på dens andre ledd bokstav c. Det er slik at det etter denne bestemmelsen er en annen aldersgrense på 10 år. Her må man også tolke denne delen av bestemmelsen innskrenkende, da det vil følge naturlig av lovens systematikk. Her er det likevel verdt å merke seg at selv om siktede i prinsippet kan frikjennes for aldersvillfarelsen til en 10 åring, skal det ganske mye mer til for å si at vedkommende som hadde sex med en 10 åring, var i aktsom god tro, enn om vedkommende er 14 år.

5.10 Proporsjonalitetsvurderingen

Momentene som Høyesterett la vekt på i Rt. 2005 s. 833 ved proporsjonalitetsvurderingen, har også betydning når man skal vurdere forholdet mellom andre bestemmelser med objektivt straffeansvar og uskyldspresumsjonen.

Det første momentet Høyesterett la vekt på, var aldersvilkåret i strl. § 195. Aldersvilkåret var et helt avgjørende straffbarhetsvilkår i bestemmelsen. Det andre objektive elementet i straffebudet, som egentlig isolert sett ikke kan bli sett på som en straffbar handling, er seksuell omgang. Det at det er aldersvilkåret som er det sentrale her og ikke den seksuelle handlingen, medfører at hele bestemmelsen i realiteten ligger nært opp mot et rent objektivt ansvar. Det er dermed viktig å tenke på hvor sentral det objektive elementet i strl. § 195 er, når man skal trekke inn aldersmomentet ved proporsjonalitetsvurderingen etter andre bestemmelser.

Det andre momentet er hvorvidt det området man befinner seg på, må anses som sentral strafferett. Dette spørsmålet er mest sannsynligvis relevant av den grunn at det er mer stigmatiserende med straff innenfor den sentrale strafferetten. Det er likevel ikke lett å oppstille noen klare rammer på hva som er å anse som sentral strafferett. Det er på det rene at det tilfelle vi sto ovenfor i den overstående dommen er klart innen for den sentrale strafferetten. Likevel er det ikke lett når man skal anvende dette momentet ved proporsjonalitetsvurderingen etter andre bestemmelser. Siden dette momentet,

sammenlignet med de andre momentene er så uklart, bør det bare få begrenset betydning i proporsjonalitetsvurderingen etter andre bestemmelser.

Det tredje momentet er strenghetsmomentet, straffens strenghet. Når det gjelder dette momentet, understreket flertallet i Rt. 2005 s. 833 at det var av stor betydning at alle EMD-sakene om presumsjonen i utgangspunktet bare dreide seg om bøter og andre økonomiske sanksjoner, mens strl. § 195 dreide seg om fengselsstraff på minst to års fengsel.⁶¹ Dette viser at strenghetsmomentet er av stor betydning. Når det gjelder dette momentets betydning i proporsjonalitetsvurderingen etter andre bestemmelser bør man se hvordan flertallet gjorde det i plenumskjennelsen av 2005. Der tok dem utgangspunkt i strafferammen, selv om det på grunn av tilståelse kunne ha blitt aktuelt med betinget fengsel. Dette taler for å gjøre det samme i andre saker.

Det fjerde momentet er om tiltalte har en reell mulighet til å føre bevis for sin uskyld. Dette momentet har stor betydning i EMDs praksis, men det ser også ut til at Høyesterett tillegger dette momentet stor vekt. Men i motsetning til hva som har blitt hevdet i teorien⁶², er ikke disculperingsadgangen – et strengt aktsomhetskrav med omvendt bevisbyrde, et absolutt vilkår. Dette fremgår uttrykkelig av plenumskjennelsen fra 2005⁶³ og konvensjonspraksis at denne adgangen ikke er avgjørende i seg selv. Dersom tilfellet var slik at det disculperingsadgangen helt uten videre var i strid med uskyldspresumsjonen, hadde Høyesterett i plenumskjennelsen av 2005 kunne ha nøydt seg med å konstatere at siktede ikke hadde noen reell mulighet til å føre bevis for sin uskyld, noe som han på det rene ikke hadde da det var et objektivt straffbarhets vilkår. Deretter kunne dem ha konkludert med at strl. § 195 var i strid med uskyldspresumsjonen. Det at Høyesterett anvendte proporsjonalitetsvurderingen, til tross for usikkerheten rundt om disculperingsadgangen var et absolutt vilkår, taler for at disculperingsadgangen ikke er et absolutt vilkår. Likevel har Høyesterett indirekte sagt at disculperingsadgangen skal få stor betydning.

⁶¹ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 86

⁶² Keiserud og Malling, Om straffelovens § 195 tredje ledd s. 371 og 377.

⁶³ Rt 2005 s. 833 avsnitt 72, 74 og 84

6 Avslutning

Som jeg gjorde rede for under punktet om Stortingets vurdering, har det vært slik at Norge har blitt dømt for brudd på uskyldspresumsjonen flere ganger. Jeg har spesielt tatt utgangspunkt i kjennelsen fra 2005 som har hatt stor innvirkning på rettsbildet i ettertid og som har blitt brukt både som etterarbeid og forarbeid for straffeloven. Som jeg blant annet gjorde rede for i punkt 5.7, så Stortinget seg nødt til å endre straffelovens bestemmelse om seksuell omgang med barn under 14 år, da det var i strid med uskyldspresumsjonens krav om bevisførsel. Dette skjedde på tross av at Stortinget i utgangspunktet ikke ville endre denne bestemmelsen, da de så på barnets beskyttelsesbehov som et viktigere moment enn beskyttelse av gjerningsmannens rettssikkerhet. Selv i første utgave av den nye straffeloven av 2005, var ikke endringen som nå er gjeldende tatt inn. Og det til tross for at kjennelsen var blitt til før loven ble vedtatt. Endringen kom ikke før i 2009 i den nye bestemmelsen i § 307. Den har ikke trådt i kraft enda. Bestemmelsen lyder:

”§ 307. 1 Krav til aktsomhet om barnets alder

For bestemmelsene i §§ 299-306 fører uvitenhet om barnets riktige alder ikke til straffrihet hvis tiltalte på noe punkt kan klandres for sin uvitenhet. For bestemmelsene i § 295 bokstav c og § § 309 og 310 fører uvitenhet om barnets riktige alder ikke til straffrihet hvis tiltalte kan klandres for sin uvitenhet.”

Grunnen til at det skjedde var ikke fordi bestemmelsen var en dårlig bestemmelse. Tvert i mot så mente Stortinget at det var en meget god bestemmelse, og som jeg har gjort rede for ovenfor, tok det lang tid og flere forsøk før de ønsket å endre den. Grunnen til endringen er at siden vi har gjort menneskerettighetskonvensjonen til en del av norsk rett, plikter vi å tolke nasjonal rett innskrenkende dersom den kommer i motstrid med menneskerettighetskonvensjonen, jfr. menneskerettighetsloven § 2, som tilsier at menneskerettighetsloven er lex superior. Siden vi allerede hadde tolket straffelovens § 195 innskrenkende for å unngå motstrid, blant annet i plenumskjennelsen fra 2005, ble dens ordlyd i prinsippet satt til side, og da var det kanskje ikke noe poeng i og beholde en bestemmelse som i prinsippet var fraveket.

Et spørsmål som reiser seg for meg, er om det hadde vært i strid med uskyldspresumsjonen å beholde denne bestemmelsen?

Som jeg allerede har gjort rede for ovenfor, er Høyesteretts tolkning av bestemmelsene i EMK, i størst mulig grad styrt av Den europeiske menneskerettighetsdomstolens tolkning av menneskerettighetskonvensjonen og tolkning av deres egne dommer. Som jeg også har nevnt tidligere, kan dette gjøre systemet vårt litt uforutsigbart, da EMDs tolkningsmetode er dynamisk, slik at dagens tolkning ikke nødvendigvis er det de legger i tolkningen i morgen. Et eksempel på dette er en relativt ny dom fra august 2011 *G v The United Kingdom*⁶⁴, som omhandler det objektive straffbarhetsvilkåret.

Saken handler om en gutt født i 1988, som i hendelsesåret 2004 var 15 år. Han hadde seksuelt samleie med en jente som på den tiden bare var 12 år. Jenta hadde løyet om sin egen alder, og sagt til gutten at hun var 15 år. Gutten klagde inn saken for EMD med den påstand at han hadde blitt dømt i strid med uskyldspresumsjonen.

EMD uttaler i premiss 26:

«Moreover, Article 6 §§ 1 and 2 do not prevent domestic criminal law from providing for presumptions of fact or law to be drawn from elements proved by the prosecution, thereby absolving the prosecution from having to establish separately all the elements of the offence, provided such presumptions remain within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.»

Videre uttaler dem i premiss 27:

«It is not the Court's role under Article 6 §§ 1 or 2 to dictate the content of domestic criminal law, including whether or not a blameworthy state of mind should be one of the elements of the offence or whether there should be any particular defence available to the accused»

Deretter ser dem på hvorfor bestemmelsen er til i premiss 28:

⁶⁴ *G v The United Kingdom* (Application no. 37334/08)

«The Court notes that Parliament created the offence under section 5 of the 2003 Act in order to protect children from sexual abuse. As the domestic courts confirmed, the objective element (actus reus) of the offence is penile penetration, by any person old enough for criminal responsibility, of the vagina, anus or mouth of a child aged 12 or under. The subjective element (mens rea) is intention to penetrate. Knowledge of, or recklessness as to, the age of the child or as to the child's unwillingness to take part in the sexual activity are not elements of the offence.»

Til slutt konkluderer EMD i premissene 29 og 30 med at objektive straffbarhetsvilkår ikke naturligvis bryter med uskyldspresumsjonen. Gutten blir dermed dømt i EMD:

«The Court does not consider that Parliament's decision not to make available a defence based on reasonable belief that the complainant was aged 13 or over can give rise to any issue under Article 6 §§ 1 or 2 of the Convention. Section 5 of the 2003 does not provide for presumptions of fact or law to be drawn from elements proved by the prosecution. The principle considered in Salabiaku (cited above) therefore has no application here.

30. It follows that this part of the application is incompatible ratione materiae with the provisions of the Convention and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3(a) and 4 of the Convention.»

Hvorfor dette har betydning for oppgaven, er fordi man ser at det ikke var nødvendig for Høyesterett å dømme i strid med Stortingets lovgivervilje i Rt. 2005. 833. EMD sier klart at det ikke er slik at Salabiaku dommen skal legges til grunn i alle saker som gjelder objektive straffbarhetsvilkår. EMD dommen fra 2011 er mere lik vår egen sak, enn det Salabiaku dommen var, og ville dermed ha fått større betydning. Det er ikke en selvfølge i dag at vedkommende i 2005 kjennelsen hadde blitt kjent uskyldig, dersom denne dommen fra EMD hadde vært til før. Det er det jeg mente tidligere i oppgaven med at systemet kan være lite forutsigbart.

Den store problemstillingen når det kommer til den politiske drøftelsen, er spørsmålet om hvor mye makt Stortinget mister gjennom våre bilaterale avtaler, i dette tilfellet spesielt menneskerettighetskonvensjonen. Vi vet allerede at et av hovedargumentene til Nei-siden i EU-saken er at overnasjonaliteten slike avtaler fører med seg, svekker Stortingets rolle. Noe som igjen svekker vårt demokrati, da våre folkevalgte mister mye av sin innflytelse ved at man flytter makten ut av Stortinget og over landegrensen. Avstanden mellom folket og de folkevalgte blir større.

En av grunnpilarene i norsk rett og i det norske demokratiet er at vi har maktfordelingsprinsippet. Hvor domstolen, Regjeringen og Stortinget er tre uavhengige organer. Dette prinsippets kjerne blir rokket ved, ved at vi implementerer rett som overkjører vår egen rett og hviker ut grensene mellom våre overordnede instanser. Slike handlinger, tvinger våre myndigheter til å gå utenfor sine egne grenser. Dette har vi blant annet sett ved at Høyesterett har dømt i strid med Stortingets vilje, ved å ha gått i mot det som står klart i loven, for å oppfylle våre forpliktelser ovenfor EMK og EMD. Dette som sagt, selv om bestemmelsene har vært helt klare på feltet, samt at Stortinget klart har gitt uttrykk for hva de ønsker, og Høyesterett tydelig har sagt at norske domstoler som alminnelig regel ikke bør legge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd.⁶⁵

Noe som også er problematisk med våre internasjonale forpliktelser, og da sikter jeg spesielt til EMD er dens dynamiske karakter som etter min mening fører til at rettssystemet blir mere uforutsigbart. Til tross for at konvensjonen er til for å beskytte individenes fordeler, mener jeg at den har noen svakheter ved at den både kan tolke en bestemmelse eller en rettighet innskrenkende og utvidende innen kort tid. Det beste eksempelet på dette er den norske kjennelsen av Rt. 2005 s. 833 og EMD dommen fra august 2011.

Jeg mener at det er veldig viktig og riktig med internasjonale impulser til vårt eget rettssystem. Jeg mener at det kan gjøre vårt rettssystem helt og forberede oss på utfordringer vi selv ikke har hatt enda. Likevel mener jeg at det er svært så problematisk

⁶⁵ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 46.

for vår rettssikkerhet og suverenitet at vi gir fra oss både lovgivnings- og doms kompetanse til internasjonale myndigheter som kan dømme oss på et internasjonalt nivå ut i fra internasjonale normer, og som svekker vårt folkestyre.

7 Litteraturliste

Bøker

Aall, Jørgen. 2007

Andenæs, Johs. Statsforfatningsrett i Norge. 8. utgave

Andenæs, Johs og Fliflet, Arne. Statsforfatningsrett i Norge. 10. utgave

Bertelsen, Tor Ehlers. EMK. 1. utgave. 2011 Bergen

Boe, Erik. Innføring i juss, Statsrett og forvaltningsrett, bind 2. 1. utgave. 1993

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo 2001

Hov, Jo Rettergang I-III. 2007

Jebens, Sverre Erik. Menneskerettigheter i straffeprosessen. 1 utgave. 2004 Oslo

Keiserud, Erik og Malling, Benedicte. Om straffelovens § 195 tredje ledd og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr 2. Kritisk Juss 2006 s. 369-382.

Strandbakken, Asbjørn. Uskyldspresumsjonen. 2003 Bergen

Forarbeider

Innstilling I av juni 1925 fra Straffelovkomiteen

Straffelovrådets innstilling av 17.mars 1960

Innstilling O.V (1962-63)

NOU 1997:23

Ot.prp.nr.3 (1998-1999) – forarbeidene til menneskerettighetsloven

Ot.Prp nr. 28 (1999-2000)

Ot.prp.nr. 92 (1999-2000)

NOU 2002:4

Ot.Prp.Nr 90 (2003-2003)

Innst. S. nr. 252 (2004-2005)

Ot.prp.nr.22 (2008-2009)

Domregister

Rt.1977 s. 1207

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2003 s. 359

Rt. 2004 s. 1275

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2006 s. 40

Rt. 2006 s. 809

EMD-praksis

Christina Goodwin v The United Kingdom (Application No. 28951/95)

Engel and others v. The Netherlands (Application Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72)

G vs. The United Kingdom (Application no. 37334/08)

Janoseviv mot Sverige (Application no. 34619/97) (EMD-1997-36985)

Pham Hoang mot Frankrike (Application no. 13191/87) (EMD-1987-13191)

Salabiaku vs France (Application no. 10519/83) (EMD-1983-10519)

Tyrer v The United Kingdom (Application No. 5856/72)

Y v Norway (Application no. 56568/00)

Se <http://www.ub.uio.no/skrive-referere/hvordan-referere/>

8 Lister over tabeller og figurer m v

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>